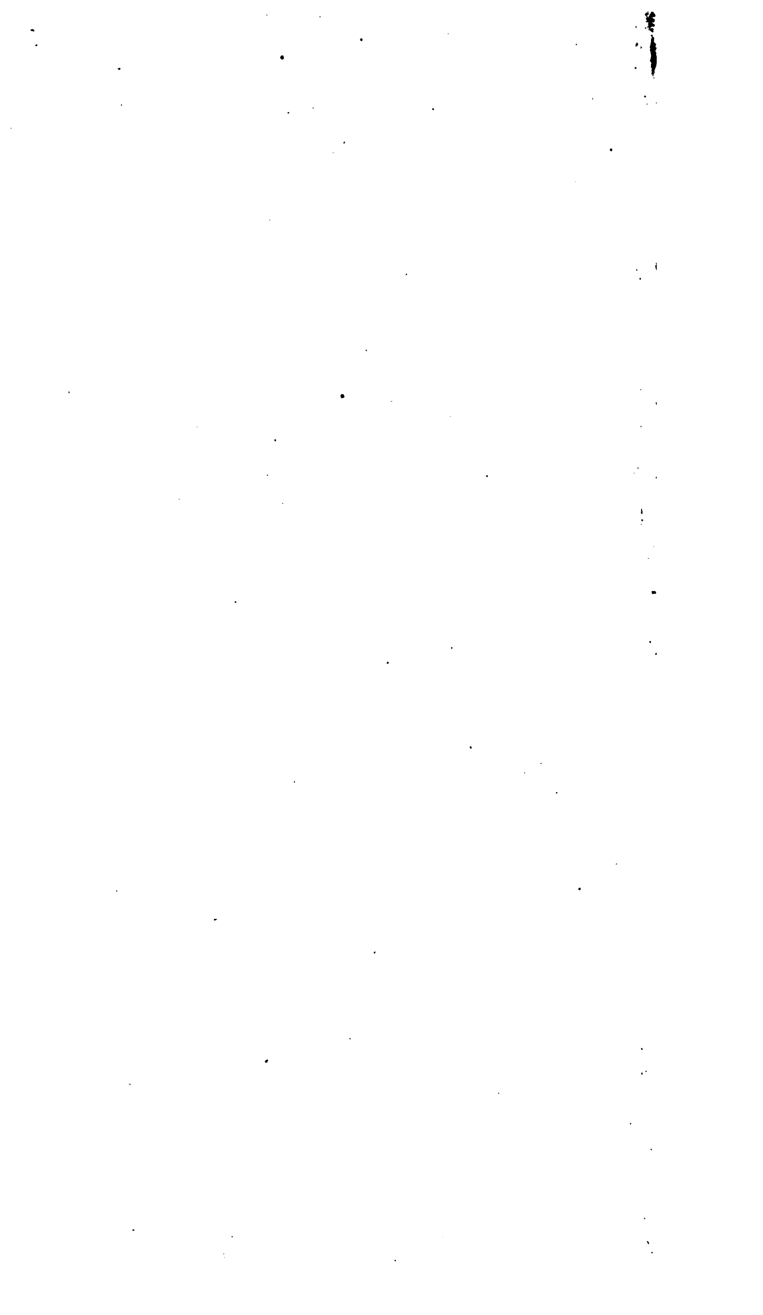






Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1845.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,

F. C. Th. Hepp in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum in Gießen,

C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,

A. W. Heffter in Berlin,

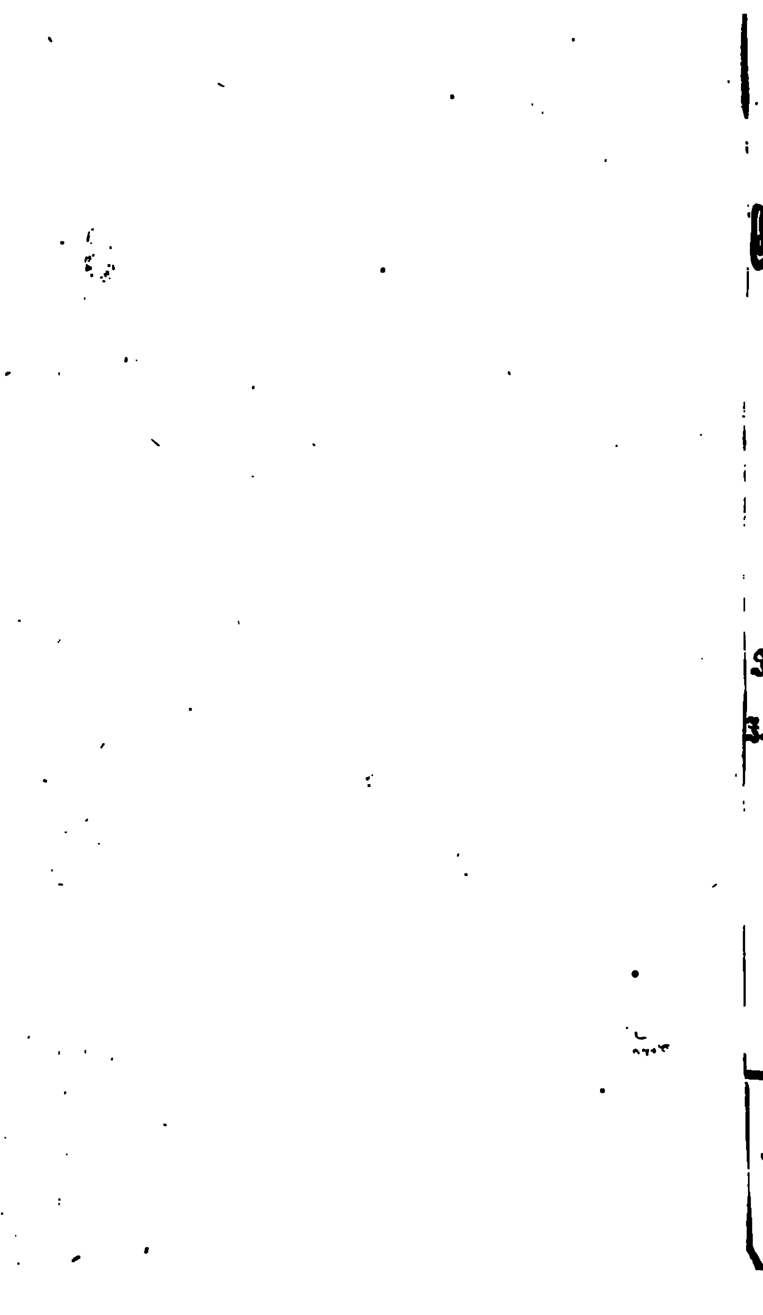
C. G. v. Wächter in Tübingen,

H. A. Zachariä in Göttingen.

Halle

bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1845.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1845.

Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1845.

Inhalt.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1845. Erstes Stück.

I.

Die Lehre von der Ablehnung der Richter im Strafprozesse.

Von

Mittermaier.

Die Lehre von der Ablehnung der Richter wegen besorgter Befangenheit hat in neuerer Zeit eine größere Bedeutung als früher erhalten. In einem berühmt gewordenen Prozesse entstand die Frage: ob auch Nachweisungen von Gründen, welche, wenn sie wahr sind, den Richter überhaupt als unwürdig des Richteramtes darstellten, die Ablehnung rechtfertigen können? In einem andern Falle entstand die Frage: ob auch das Aussprechen einer Meinung von Seite des Richters über einen gewissen Fall dem Angeschuldigten, der bei diesem Falle betheiligt ist, das Recht gebe, den Richter abzulehnen? [1]) Am ausführlich-

1) Dies kam in Neapel vor Eine der durch jenen Fall veranlaßten geistreichsten Abhandlungen mit einer Geschichte des Recu-

sten ist vorzüglich in den badischen Kammern die Frage verhandelt worden: ob nicht dem Angeschuldigten das Recht eingeräumt werden soll, einen Theil der Richter ohne Angabe der Gründe abzulehnen (daher die sogenannte peremtorische Recusation auszuüben). Der badische Entwurf von 1835 hatte diese Ablehnungsweise vorgeschlagen [2]). Der 1843 den Kammern vorgelegte Entwurf enthielt diese Bestimmung nicht mehr; allein die Commission der zweiten Kammer faßte den Vorschlag des Entwurfs von 1835 wieder auf, und nach einer langen Berathung wurde §. 35 a, welcher dies Recht der peremtorischen Recusation gewährt, mit einer Mehrheit von 30 Stimmen gegen 28 in der zweiten Kammer angenommen. In der ersten Kammer dagegen, in welcher schon die Commission den Vorschlag der zweiten Kammer verworfen hatte, hatten nur 4 Mitglieder den §. 35 a angenommen; die Mehrheit verwarf ihn. Als die Frage wieder in die zweite Kammer gelangte, erklärte sich die Mehrheit für Verwerfung des §. 35 a, nahm jedoch einen andern Vorschlag an, nach welchem der Angeklagte ohne Angabe von Gründen darauf antragen kann, daß statt des zuständigen Gerichts die Sache an ein anderes Gericht zur Aburtheilung gewiesen werde. Auch dieser Antrag aber wurde, da die erste Kammer ihn verwarf, von der zweiten bei der wiederholten Berathung abgelehnt. In den Verhandlungen der Kammern wurde vielfach von den Gegnern des peremtorischen Recusationsrechts geltend gemacht, daß diese Einrichtung eine völlig neue, weder dem alten Rechte bekannte, noch in neuen Gesetzgebungen vorkommende

---

sationsrechts und Entwickelung der entscheidenden Grundsätze von Mancini findet sich in seinen Ore solitarie, bibliotheca di scienze morali legislative ed economiche. Napoli 1844. Heft 3. p. 168. u. Heft 4. p. 215.

2) Entwurf §. 357 — 359.

sey. — Zur Berichtigung dieser Behauptungen muß jedoch bemerkt werden, daß die Idee, auf welcher der neue Vorschlag beruht, dem alten Rechte nicht fremd ist und schon dem Perhorrescenzeide zum Grunde liegt; denn wenn sich auch nicht bestimmt aus einer Stelle des canonischen Rechts beweisen läßt, daß man der Partei das Recht geben wollte, blos durch den Eid — ohne Angabe irgend eines Grundes — einen Richter zu recusiren, so ist doch gewiß, daß der Gerichtsgebrauch des Mittelalters dies Recht anerkannte, weil er von der Wichtigkeit des höchsten Vertrauens zur Unparteilichkeit der Richter und von der Schwierigkeit einer Beweisführung der Recusationssachen ausging [3]). Es ist zwar richtig, daß schon unter den Juristen des 13. Jahrhunderts Streit darüber war, ob der Recusationseid allein ohne Angabe von Gründen zureiche; allein eine große Zahl gab dem Eide diese Wirkung [4]), und die Uebrigen nahmen Recusationsgründe in solcher Ausdehnung auf [5]), daß es keinem Angeschuldigten schwer fiel, die Befangenheit des Richters, dem er nicht traute, nachzuweisen. Auch in der späteren Zeit war im gemeinen Rechte noch in vielen Gerichtshöfen eine weit mildere Praxis, als sie jetzt herrscht; der Perhorrescenzeid wurde auch in Strafsachen in solcher Ausdehnung angenommen, daß der Angeschuldigte nicht nöthig hatte, Ursachen der Ablehnung anzugeben [6]). Am wich-

---

3) Nachweisungen in Mancini's Aufsatz in den Ore solitarie p. 172.

4) Z. B. Pillii de ordine judicior. in der Ausgabe von Bergmann: Pillii, Tancredi, Gratiae libri de ordine judic. (Goett. 1842. p. 29.)

5) Z. B. bei Tancredus in der Ausgabe von Bergmann p. 147.

6) Z. B. Pufendorf Observ. I. obs. 180. Seuffert von dem Rechte des peinlich Angeklagten cap. IV. Spangenberg im Archive des Criminalrechts XII. Nr. 4.

tigsten war aber das Institut der Aktenversendung, in sofern der Angeschuldigte, wenn er dem einheimischen Richter nicht traute, auf diese Versendung antragen, und drei Fakultäten sich verbitten konnte. Freilich konnte der Vorstand des Gerichts beliebig und ohne daß der Angeschuldigte den Namen der requirirten Fakultät erfuhr, die Akten an eine der nicht ausgenommenen Universitäten senden; aber dies genügte schon für den Angeschuldigten; denn er war war nun sicher, daß diese auswärtigen Richter, welche mit den oft sehr unlauteren Verhältnissen, die in kleinen Staaten die Justiz verdächtig machten, nicht bekannt und auf keinen Fall durch sie bestimmt waren, weil ihre Unabhängigkeit sie über Furcht und Hoffnung erhob, unparteiisch urtheilen würden. Der Verfasser dieser Bemerkungen, der seit 1811 an drei verschiedenen Spruchcollegien Theil genommen hat, könnte Fälle anführen, welche die Gefahr beweisen, die den Angeschuldigten getroffen haben würde, wenn die einheimischen, durch sehr unreine Mittel eingeschüchterten, häufig schlecht besoldeten Richter das Urtheil über ihn zu fällen gehabt hätten. Es ist hier nicht von politischen Vergehen, sondern auch von anderen, insbesondere auch von Anschuldigungen von Beamtenverbrechen die Rede, durch welche nicht selten der Haß, die Verfolgungssucht von oben, oder die Eifersucht eines andern Beamten, welcher auf den Dienst lauerte, sich thätig zeigten. Die Aktenversendung (deren große Schattenseiten wir nicht verkennen) bewährte sich in solchen Fällen wohlthätig und gab jene Befugnisse, welche die Vertheidiger des peremtorischen Recusationsrechts geben wollen. Das in dem badischen Entwurfe Art. 35 [a] vorgeschlagene Recht des Angeschuldigten, eine bestimmte Zahl der Richter peremtorisch zu recusiren, findet sich freilich in keinem der neueren deutschen Strafgesetzbücher; aber darin findet sich Manches nicht, was die

neuere Zeit dringend fordert; auch war das Bedürfniß, die Recusation zu begünstigen, zur Zeit als jene Gesetzbücher bearbeitet wurden, nicht so dringend wie jetzt. Der Indicienbeweis wurde zwar allmählig gestattet, aber diese Befugniß der Richter wurde früher weit ungefährlicher, da Gesetzbücher eine sehr beengende Beweistheorie enthielten, während die neuesten Gesetzgebungen in einer so allgemeinen Fassung die Vorschriften geben, daß eigentlich die Richter wie Geschworne entscheiden, und in den Ländern, in welchen man ein mündliches Verfahren, jedoch mit Beibehaltung der Urtheilsfällung durch rechtsgelehrte Richter einführt, die Ansichten vielfach sich dahin neigen, daß ein Recurs über Thatfragen nicht gestattet werden soll. Uebrigens ist die Befugniß der Angeschuldigten, peremtorisch Richter zu recusiren, doch nicht allen neuen Gesetzgebungen fremd. — Nach dem Gesetzbuche vom Waatlande [7]), in welchem keine Geschworne vorkommen, kann der angeschuldigte Richter peremtorisch recusiren, und zwar einen aus der ersten, einen aus der zweiten, zwei aus der dritten Kategorie [8]). Nach den Erfahrungen, die man über das Institut im Waatlande macht, ergiebt sich, daß die Stimmen darüber getheilt sind, daß die ständigen Richter, wenn sie peremtorisch recusirt werden, es übel nehmen und die Angeschuldigten von ihrem Rechte oft nicht Gebrauch machen, weil sie wissen, daß es auf die Stimmung des Tribunals gegen sie einen nachtheiligen Einfluß üben könnte. — Der neue Entwurf einer Strafprozeßordnung für das Königreich Ungarn enthält gleichfalls Bestimmungen, welche die peremtorische Recusation gestat-

7) Gesetzbuch vom 28. Januar 1836.

8) In die erste Kategorie kommen die von dem großen Rath auf 6 Jahre ernannten Richter, in die zweite die Präsidenten der Districtsgerichte, in die dritte Mitglieder der Districtsgerichte.

ten [9]), und zwar so, daß in den Anklagen wegen d schwersten Verbrechen (Hoch= und Landesverrath) der A geklagte 15 und in anderen Verbrechen 3 Mitglieder perem torisch ablehnen darf. — Es ist nicht schwierig zu b merken, daß unter den Juristen manche irrige Ansicht über die Ablehnung der Richter allmählig sich gebild haben; dahin gehört, daß man die Recusation eines Ri ters als eine Beleidigung der richterlichen Autorität, glei sam als eine Beschuldigung der Parteilichkeit eines Ri ters betrachtet, während in der Ablehnung des Richte nur das Aussprechen einer Möglichkeit liegt, daß d Richter unter den vorhandenen Verhältnissen auch bei d reinsten Absichten unwillkürlich sich selbst täusche, und d eine Stimmung in ihm vorherrschend werde, welche il zur strengeren Ansicht hinneigt. Derjenige, welcher ein Richter ablehnt, kann vor den geistigen und moralisch Eigenschaften des Richters hohe Achtung haben und de noch ihn recusiren, weil er ihn für einen Menschen häl welcher, ohne daß er sich der auf ihn einwirkenden Ei flüsse klar bewußt ist, bei der Urtheilsfällung befang ist. Nur gegen diese Gefahr kämpft die Recusati an. — Aus diesem Grunde darf man auch die Able nung eines Richters nicht regelmäßig als eine Aeußeru der Chikane oder der Indelikatesse des Angeklagten betra ten. Denke man sich in die Lage eines Angeschuldigt welcher sein Schicksal in die Hände von Männern leg soll, deren Befangenheit man kennt, von denen er a manchen Vorfällen im Leben weiß, wie leicht diese Rich überhaupt leidenschaftlich aufgeregt, durch eine überw lende Stimmung beherrscht werden, so daß die Gefa nahe liegt, daß auch nach den vorausgegangenen V

---

9) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Ung 1843. Art. 286.

hältnissen der Richter dem bestimmten Angeschuldigten gegenüber nicht unparteiisch seyn wird. Man vergißt zu leicht das hohe Interesse, welches der Staat selbst daran hat, daß die Bürger unbedingtes Vertrauen zur Unparteilichkeit der Richter haben und daß die Wirksamkeit der Strafurtheile und die Energie der Strafjustiz nur dadurch bedingt ist, daß kein Zweifel gegen die Reinheit des Willens der Richter sich erhebe, daß insbesondere bei Aburtheilung politischer Verbrechen mehr oder minder ein gewisses Mißtrauen des Volkes die von dem Staate angestellten Richter trifft und das von ihnen gefällte Urtheil wirkungslos ist, ja für den Verurtheilten selbst eine erhöhte Theilnahme erweckt, wenn der Glaube verbreitet ist, daß jene Richter, die an der Untersuchung oder an der Urtheilsfällung Theil nahmen, nicht die volle Unparteilichkeit sich bewahrten. Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß in der Regel die Verhältnisse, welche die Befangenheit eines Richters besorgen lassen, in dem Publikum bekannt sind und daß das Volk sie in die Waagschale legt, wenn es über die Gerechtigkeit des gefällten Erkenntnisses urtheilt. Wie oft weiß man in einer Stadt, daß schon seit vielen Jahren zwischen dem Angeschuldigten und einem Mitgliede des Gerichtshofes eine bei jeder Gelegenheit ausbrechende Verstimmung herrscht, daß jener Richter überall, wo von dem Angeschuldigten die Rede war, ein hartes Urtheil über ihn aussprach; wer mag glauben, daß, wenn ein solcher Richter dennoch an der Urtheilsfällung Theil nahm, das Erkenntniß als ein unparteiisches betrachtet wird? — Nicht genug warnen kann man aber vor dem Irrthum, daß die Ablehnung nur gestattet seyn soll, in sofern besorgt werden kann, daß ein Richter leidenschaftlich seyn wird. Wer den Gang einer Abstimmung und Urtheilsfällung und die Elemente kennt, auf welchen die richterliche Ueberzeugung beruht, weiß, wie häufig gleichsam das Zünglein

der Waage in dem menschlichen Gemüthe schwankt und eben so viele Gründe für als gegen die Annahme der Schuld dem Richter vorschweben. In solchen Lagen giebt die Stimmung des Richters den Ausschlag, und irgend eine Befangenheit in Bezug auf den Angeschuldigten bestimmt zuletzt, der härteren Meinung beizupflichten, ohne daß sich der Richter einer Parteilichkeit bewußt ist, selbst wo er den Willen hat, gerecht zu seyn. Die Stimmung aber ist stärker als der Wille, und die aus dem Leben gegriffenen Worte von Quinctilian: „sicut amantes de forma judicare non possunt, quia sensus oculorum premit amor, ita omnes inquirendae veritatis rationes judex amittit occupatus affectibus" beziehen sich nicht blos auf Geschworne, sondern auch auf angestellte Richter, die immer Menschen bleiben, und den Selbsttäuschungen, welche den Menschen leicht irre führen, unterworfen sind. Wo Befangenheit auf den Richter, wo eine Verstimmung gegen den Angeschuldigten ihn gefangen hält, ist selbst seine Auffassung einseitig und verleitet ihn, etwas für wahr zu halten, was nicht wahr ist. Vorzüglich tritt diese Gefahr bei der Abwägung des Indicienbeweises ein. Bei dieser Beweisesart hängt soviel davon ab, ob man dem Angeschuldigten ein gewisses Verbrechen oder eine gewisse Neigung zutraut. Dies aber wird vorzüglich durch die Ansicht von der Persönlichkeit des Angeschuldigten bestimmt, und die Ueberzeugung darüber ist ein Ausfluß der Stimmung des Richters in Bezug auf den Angeschuldigten. Wer den Angeklagten für einen ehrgeizigen, eitlen, fremden Einflüssen leicht zugänglichen Menschen hält, ist gern geneigt, ihm alle Verbrechen zuzutrauen, welche durch die Neigungen der bezeichneten Art erzeugt werden. Ist einmal das Urtheil darüber, daß man das Verbrechen einer Person zutrauen kann, fertig, so finden sich leicht Nebenumstände, welche als Verdachts-

gründe angeführt werden können. Nicht weniger hängt bei dem Indicienbeweise soviel davon ab, ob man eine gewisse Verantwortung des Angeschuldigten für wahrscheinlich hält, oder welches Gewicht man auf ein Gegenindicium legt. Wir fragen alle Mitglieder von Gerichtshöfen, welche an Urtheilen in Strafsachen Theil genommen haben, ob nicht durch solche Rücksichten vorzüglich die Abstimmung über den Indicienbeweis bestimmt wird. Ist eine Verstimmung gegen den Angeschuldigten in der Seele des Richters, so ist auf eine unparteiische Würdigung der Indicien nicht zu rechnen. Der befangene Richter wird, sich selbst unbewußt, die Verantwortung des Angeschuldigten gern für eine lügenhafte halten und daraus wieder ein neues Indicium ableiten; er wird, wenn von dem Gegenindicium des Mangels an Interesse zum Verbrechen die Rede ist, erfinderisch seyn, sich Möglichkeiten zu denken, wie dennoch ein Interesse angenommen werden kann und das Gegenindicium sich zerstören läßt. Unsere neuen Strafgesetzbücher bieten aber auch eine neue Seite dar, welche der Begünstigung der Recusation eine neue Stärke geben. Unsere Strafdrohungen sind sehr weit, so daß das richterliche Ermessen oft zwischen Gefängniß von einigen Wochen und Zuchthaus bis 12 Jahren, oder doch zwischen einem Jahre bis 10 Jahren zu wählen hat [10]). Bei dieser Ausmessung der Strafe wird die Stimmung des Richters gefährlich. Liegt in seiner Seele eine Verstimmung gegen den Angeschuldigten, so ist die höchste Gefahr da, daß der Richter überall im Zweifel, ohne daß er sich seiner Ungerechtigkeit bewußt ist, für die härtere Strafe stimmt.

---

10) Beispiele lassen sich aus mehreren neuen Gesetzbüchern leicht finden, z. B. dem hannoverischen, wenn nach §. 193. die Verletzung der Ehrfurcht gegen die Religion mit Geldbuße, Gefängniß, Arbeitshaus oder Zuchthaus bedroht ist.

Die Lehre von der Recusation der Richter hat aber noch eine neue Bedeutung durch die Umwandlung der Verhältnisse erhalten, welche auf die Gesetzgebung über Strafprozeß wirkten. Ein großer Kampf von vielfachen Ansichten hat sich entfaltet. Während ein Theil der Juristen das Heil nur in der Einführung des mündlichen öffentlichen Anklageverfahrens, insbesondere auch des Geschwornengerichts findet, glauben Andere in der Festhaltung an den Principien des bisherigen deutschen Prozesses, den sie zwar verbessern wollen, Bürgschaften der größeren Gründlichkeit zu finden, und sträuben sich gegen jede Veränderung des Strafverfahrens in den Principien, wogegen Andere vorzüglich gegen die Einführung der Geschwornengerichte kämpfen, während sie das mündliche öffentliche Verfahren gewähren wollen. Die Verhältnisse nun, unter welchen der Kampf geführt wird, haben sich wesentlich geändert. Die Verbreitung des constitutionellen Lebens, die dadurch bewirkte erhöhte Theilnahme an öffentlichen Einrichtungen, der vermehrte Sinn für Oeffentlichkeit, der Geist der Prüfung, welcher nicht mehr wie einst vertrauensvoll und gläubig Alles aufnimmt, was von der Regierung und den Behörden ausgeht, sondern selbst ein Urtheil darüber fällt, haben den Streit über die zweckmäßigsten Formen des Strafprozesses aus dem engen Kreise der Rechtsgelehrten und der praktischen Juristen hinaus auf das freie Feld der Theilnahme des Volkes gedrängt. Zu den Schattenseiten eines bewegten politischen Lebens gehören leider politische Sympathieen und Antipathieen und Mißtrauen gegen Andersdenkende. Die Richter sind vielfach aus ihren Gerichtsstuben auf den politischen Kampfplatz gedrängt und genöthigt worden, auch ihre politischen Ansichten auszusprechen, die oft von denen der lebhafteren Bewegungspartei abweichen. Dadurch ist häufig ein Mißtrauen und eine Verstimmung gegen Beamte und nach den Gesetzen

der Reaction eine ähnliche Stimmung der Richter gegen ihre Ankläger und Verfolger erzeugt worden. Die in mehreren Staaten in den letzten Jahrzehenden geführten politischen Prozesse haben diese Stimmung, und da häufig die Urtheile nicht im Einklange mit der herrschenden öffentlichen Meinung waren, da oft vielleicht übertriebene Anschuldigungen von vorgekommenen Unregelmäßigkeiten oder Ausbrüche eines zu weit getriebenen Amtseifers der Inquirenten erhoben wurden, so konnte es nicht fehlen, daß das Mißtrauen gegen die von dem Staate angestellten Richter stieg und die Stellung dieser Richter schwieriger wurde. Die Gesetzgebung muß etwas thun, um ein den gegenwärtigen Verhältnissen, die sie nicht abläugnen kann, entsprechendes System der Recusation zu begründen, und den Strafurtheilen der angestellten Richter das nothwendige Vertrauen zu verschaffen. Eben diejenigen, welche wünschen, daß das künftige Strafverfahren zwar auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, aber nicht auf Geschwornengericht gebaut werde, müssen die Bedeutung der Erweiterung des Recusationsrechts anerkennen. Gewichtige Worte hat in dieser Beziehung in der badischen zweiten Kammer ein gründlicher Jurist, selbst Mitglied des obersten Gerichtshofs, Treffurt[11]), gesprochen, indem er bemerkte, daß er den Tag kommen sehe, wo die Jury eingeführt und das Vertrauen zu den Richtern mehr sinken wird. Er wolle, erklärte der Redner, die Jury nicht, aber deswegen erkläre er sich für das peremtorische Recusationsrecht, um die Anstalt der rechtsgelehrten Richter gegen jede Anfeindung zu schützen. — Unfehlbar beruht das Streben jeder Gesetzgebung darauf, Garantieen den Bürgern zu gewähren[12]), daß nur der

11) In den Verhandlungen der Kammer S. 619. Im ähnlichen Geiste erklärten sich zwei Redner in der ersten badischen Kammer, der Staatsrath Nebenius und Baron Andlau.

12) S. dies Archiv 1844. S. 306.

Schuldige bestraft werde und Niemand im Strafprozesse ungerecht Uebel leide. In Bezug auf Urtheilsfällung aber liegt eine Hauptgarantie in der Persönlichkeit der Richtenden, weil man immer mehr erkennt, daß die Individualität der Urtheilenden den größten Einfluß auf die Bildung der richterlichen Ueberzeugung hat. Ein Hauptgrund aber, aus welchem Personen, die die Jury als Rechtsanstalt nicht vertheidigen, doch soviel Werth auf Geschwornengerichte legen, ist in dem ausgedehnten Recusationsrechte zu suchen, so daß die Urtheilenden eigentlich Männer sind, denen der Angeklagte sich selbst freiwillig unterwarf, welche er für völlig unparteiisch erkannte, über deren Ausspruch, wenn er auch noch so streng ist, er sich daher auch nicht beschweren darf (so wenig als in Civilsachen die Partei über das Urtheil des Schiedsrichters, den sie sich wählte), daher auch das Volk keine Ursache hat, dem Urtheile zu mißtrauen, da der Angeklagte nur von seinen gewählten Richtern gerichtet wurde. Könnte man diese Ansicht auch in dem Institute der Urtheilsfällung durch rechtsgelehrte Richter auch nur annähernd siegen machen, so wäre sehr viel gewonnen. Das Mittel aber, dies zu bewirken, ist eine Ausdehnung der Recusationsrechte des Angeschuldigten. Man hat in den Verhandlungen der badischen Kammer von Seite der Gegner des peremtorischen Ablehnungsrechts insbesondere geltend gemacht, daß die bei dem Geschwornengericht dafür sprechenden Gründe nicht auf rechtsgelehrte Richter paßten. Dies ist auch zum Theil richtig. Ueberall wo Volksgerichte urtheilen, bei welchen Personen, die im bürgerlichen Leben mit den Angeschuldigten vielfach in Conflict gerathen, durch eine in gewissen Gegenden herrschende Ansicht leicht bestimmt und durch die Wahl oder das Loos zu Richtern für einen oder den andern Fall ernannt werden, bedarf es vorzugsweise des Mittels der peremtorischen

Recusation [13]), weil der Zufall so leicht Personen, die durchaus nicht zum Richteramt passen, in die Liste der Richter gebracht haben kann; weil hier auch keine Vermuthung der vollen Unparteilichkeit für diese Personen spricht; weil der Gesetzgeber viele Gründe hat, nicht zuzugeben, daß über manche sehr delikate Ablehnungsgründe eine große Discussion und Beweis geführt werde, und weil, wenn auch der Geschworne abgelehnt ist, sogleich ohne Störung ein Anderer eintreten kann. Daß diese Gründe gar nicht oder nicht in gleicher Stärke bei den rechtsgelehrten Richtern vorkommen, ist gewiß; allein der Irrthum liegt darin, daß man die Idee, die diesem Recusationsrechte zum Grunde liegt, verkennt, Gründe unbeachtet läßt, welche eben so bei den rechtsgelehrten Richtern entscheiden und Gründe gegen dies Recusationsrecht hervorhebt, bei welchen man von ganz willkürlichen Voraussetzungen ausgeht. Man hat sich darauf berufen, daß bei rechtsgelehrten angestellten Richtern keine Gefahr da sey, daß ihr Eid ihnen verbiete, der Versuchung nachzugeben; allein auch bei der größten Sorgfalt können diejenigen, von welchen die Anstellung abhängt, zunächst nur die Intelligenz und Geschäftsgewandtheit der Richter beurtheilen; den Charakter der Personen dagegen zu kennen, z. B. wenn in entfernten Gerichten bisher Jemand angestellt war, ist für den Machthaber fast unmöglich; das Urtheil der Vorgesetzten, welches ein sehr problematisches bleibt und oft von Umständen abhängt, die nicht einwirken sollten, wird in den meisten Fällen entscheiden; aber auch in dem günstigsten Falle wird zwar eine Vermuthung eintreten, daß der Staat gescheidte, gewandte Personen, die einen allgemeinen guten Ruf haben, ver-

---

13) Die trefflichste Ausführung über Bedeutung und Einführung des Recusationsrechts gegen Geschworne s. von **Hellie** in der **Revue de législation par Wolowski. 1842. p. 355.**

träglich, freundlich sind, als Richter angestellt habe; wer bürgt aber für die Individualität der Richter, wer dafür, daß die angestellten Richter nicht leicht gereizt, durch Erinnerungen an erlittene Unbilden, durch leidenschaftliche Anhänglichkeit an ein politisches System, durch unangenehme Berührungen mit Bürgern im gewöhnlichen Leben verstimmt, sich, wenn es zur Urtheilsfällung kommt, sich frei von allen diesen Einflüssen zu halten wissen? wer bürgt dafür, daß sie nicht Menschen und menschlicher Aufwallungen zugänglich sind? Ist es wahr, was wir oben behaupteten, daß nicht blos der leidenschaftliche Richter gefährlich ist, daß oft unbewußt auch der beste Mensch vorzüglich bei dem Indicienbeweise durch Verstimmungen und vorgefaßte Meinungen über den Angeschuldigten zu ungerechten Urtheilen bestimmt werden kann, so muß man zugeben, daß vor diesen Gefahren kein Eid des Richters schützt, weil ja der Befangene nicht das Unrecht will, sondern unwillkürlich beherrscht wird. Daß aber der Angeschuldigte in solchen Fällen kein Vertrauen haben kann, um so mehr als er die Individualität des Richters aus früheren Vorfällen des Lebens kennt, ist leicht begreiflich.

Die Recusation steht übrigens im nächsten Zusammenhange mit der Zahl der Stimmen, welche zu einem verurtheilenden Erkenntnisse gefordert werden. Je größer die Richterzahl ist und je mehr Stimmen verlangt werden, desto größer sind die Garantieen der gerechten Urtheilsfällung. Eine zu weit getriebene Sparsamkeit bei der Verwaltung der Justiz marktet in neuerer Zeit leider zu sehr, wenn es auf die Besetzung der Gerichte ankommt, und begnügt sich leicht mit dem Scheine eines Collegiums. Bei einem Collegium von drei Mitgliedern fehlt es an gehörigen Bürgschaften einer gründlichen Urtheilsfällung; in allen Ländern, in welchen solche Collegien bestehen, z. B. in Frankreich, Italien, Holland u. a., bemerkt man leicht,

daß die Aussprüche dieser Gerichtshöfe am wenigsten Vertrauen genießen. Je größer das Collegium der Richter ist, desto mehr verschwindet die Gefahr, daß die Stimme eines Richters, welcher dem Angeschuldigten feindlich gesinnt ist, einen nachtheiligen Einfluß auf die Urtheilsfällung ausüben könne, und der Angeklagte kann eher sich beruhigen, wenn eine größere Zahl anderer Richter, denen er volles Vertrauen schenken kann, über sein Schicksal entscheidet.

Nicht unbemerkt darf in der Lehre von der Recusation die Rücksicht gelassen werden, daß die specielle Anführung von Ablehnungsgründen oft für die Richter, deren Delikatesse man eben schonen will, viel unangenehmer seyn kann, als eine peremtorische Ablehnung. Es ist begreiflich, daß manche Ablehnungsgründe mit Vorgängen zusammenhängen, oder zu ihrem Beweise die Anführung von Thatsachen fordern, deren Bekanntmachung dem Richter sehr unangenehm seyn kann. Familienstreitigkeiten, z. B. bei Erbtheilungen, Ehrensachen, die durch leidenschaftliche Aeußerungen durch Meinungsverschiedenheiten herbeigeführt werden, können die Gemüther entfremden und eine Verstimmung erzeugen, welche das Vertrauen zu einem Richter zerstört. Wie häufig stammen solche Verstimmungen schon aus den Jugendzeiten, z. B. aus dem Universitätsleben, wo oft ein unglückliches Duell für immer die Streitenden entfremdet. Wir kennen einen an sich höchst ehrenwerthen moralischen Richter, der auf der Universität eine bedeutende Wunde im Duell von einem andern Studirenden zugefügt erhielt; noch jetzt wallt das Blut dieses schon bejahrten Mannes mit Heftigkeit und erzeugt eine leidenschaftliche Bewegung, wenn nur von seinem ehemaligen Gegner die Rede ist. Alle, welche diesen Richter kennen, sind überzeugt, daß, wenn er über den letztern zu urtheilen haben würde, ein unparteiisches Urtheil nicht erwartet werden dürfte. Wir fragen: ob es für den

Richter wohl wünschenswerth ist, daß der Angeschuldigte, wenn er den Richter wegen Abneigung recusirt, alle diese Vorfälle wieder an das Licht ziehe, die Scenen erweise, in welchen im unbewachten Augenblicke der Richter seine Abneigung gegen den Inculpaten an den Tag legte? Wir erinnern uns an einen im Spruchcollegium vorgekommenen Fall, wo ein wegen betrüglicher Zolldefraudation angeschuldigter Kaufmann einen Richter wegen Feindschaft recusirte und zum Beweise einen Vorfall anführte, in welchem der Kaufmann vor 6 Jahren den Richter, den er Nachts bei der Schwester des Angeschuldigten in großer Vertraulichkeit antraf, auf eine sehr derbe Weise aus dem Hause jagte. Der Richter wollte den Vorfall nicht in der erzählten Art gestehen, und eine sehr widerliche Beweisführung, welche man nicht hindern konnte, war die Folge davon. — Damals war im Collegium von allen Mitgliedern die Meinung ausgesprochen, daß der ehemalige Perhorrescenzeid (er war durch die Landesgesetzgebung aufgehoben) in jenem Falle sehr vortheilhaft sich bewährt haben würde.

Man hat vielfach in den Berathungen über das Recusationsrecht einen großen Vortheil von der gesetzlichen Bestimmung [14]) erwartet, nach welcher der Richter, wenn er weiß, daß ein Ablehnungsgrund vorhanden ist, nur ihn dem Gerichte anzuzeigen braucht, um von der Theilnahme an der Untersuchung oder Entscheidung frei zu wer-

14) Würtemberg. Strafprozeßordn. §. 44. Am besten hat der badische Entwurf Art. 25. die Vorschrift ausgedrückt; es heißt: Die Versicherung auf den Diensteid, die der Richter der Stelle giebt, welcher das Erkenntniß über die Ablehnung zusteht, daß ein Ablehnungsgrund die in §. 21. bezeichnete Beschaffenheit habe, oder daß überhaupt Verhältnisse vorhanden seyen, welche, wenn sie dem Angeschuldigten oder den Staatsanwalt bekannt wären, sie zu seiner Ablehnung berechtigen würden, genügt auch ohne Angabe der Gründe, um die Untersuchung oder Entscheidung von sich abzulehnen.

den. Man hofft, daß in Fällen, in welchen solche delikate Verhältnisse vorhanden sind, wegen welcher die Vertheidiger des peremtorischen Recusationsrechts dasselbe gewähren wollen, die Richter selbst von jener Befugniß sich der Abstimmung zu entschlagen Gebrauch machen werden. Wir sind überzeugt, daß diese Ansicht zum großen Theile auf irrigen Voraussetzungen beruht, und die Erkundigung bei erfahrnen langjährigen Praktikern verschiedener Länder hat den Verfasser noch mehr überzeugt, daß nicht viel von jener Vorschrift, die an sich lobenswerth ist und in jedem Gesetzbuche oder der Geschäftsordnung der Gerichte vorkommen sollte, zu erwarten ist. Wir geben zu, daß der Richter, welcher fühlt, daß er in der Sache nicht die nöthige Unbefangenheit hat, von der Erklärung Gebrauch machen wird und dann der Angeschuldigte seinen Zweck erreicht; allein wir haben oben gezeigt, wie auch der beste Richter unwillkürlich durch menschliche Gefühle bestimmt und zur Härte und Ungerechtigkeit gegen einen Angeschuldigten verleitet werden kann, ohne daß er sich seiner Partheilichkeit bewußt wird. Der ehrwürdige Prälat Hüffel hat in der ersten Kammer Badens ein wahres Wort gesagt [15]), wenn er erklärt: daß das menschliche Herz räthselhaft sey und sich Vieles, wovon wir nicht überzeugt sind, in das einmische, was wir Ueberzeugung nennen. Auf diese Art kann ein wahrhaft befangener Richter im Gefühle oder besser in der Ueberschätzung seiner Tugend aus Mangel an Selbsterkenntniß an einer Abstimmung Theil nehmen, ohne von dem Rechte sich selbst zu verbitten Gebrauch zu machen. Ohnehin fehlt es nicht an Gründen, welche einen Richter von der Erklärung seiner Befangenheit abhalten können; eine gewisse, freilich übelverstandene Delikatesse kann dies bewirken; der Richter

15) Verhandlungen Nr. 351.

weiß, daß man an gewisse in der Stadt bekannte Vorfälle sich erinnern wird, sobald er erklärt, daß er sich für befangen halte; er scheut sich selbst aus einem gewissen Stolz zu erklären, daß er diese Befangenheit in sich fühle. Ohnehin lehrt die Erfahrung in allen Collegien, wie ungern solche Erklärungen, wodurch sich ein Richter des Abstimmens enthält, aufgenommen werden; die Collegien bestürmen — indem sie die vorhandenen Gründe errathen und zu zeigen suchen, daß sich dadurch der Richter nicht bestimmen lassen dürfe — den Collegen, der sich selbst ablehnt, und die Gerichtsvorstände sind schon Feinde dieser Erklärungen, weil dadurch oft Störungen eintreten, wenn man aus andern Senaten statt des als tüchtigen Votanten bekannten Richters ein Mitglied herübernehmen muß, oder weil Verlegenheit wegen der nöthigen Richterzahl entsteht. In politischen Straffällen wird namentlich die Erklärung, wodurch ein Richter seine Stimme sich zu enthalten ausspricht, leicht von den Vorgesetzten übel gedeutet und als Mangel der Energie oder der Anhänglichkeit an die Regierung ausgelegt. Wir könnten einen merkwürdigen Fall dieser Art aus einem deutschen Obergerichte erzählen, wo zuletzt der Richter sich bewegen ließ, seine Erklärung zurückzunehmen.

Die Frage: ob eine Vorschrift nothwendig sey, wodurch die peremtorische Recusation gestattet wird; hängt sehr viel davon ab, welche Gründe der Ablehnung in dem Gesetze angegeben werden. Daß die meisten Strafgesetzbücher ungenügend sind, lehren die Zeugnisse der Advokaten über ihre Erfahrung. In den neuesten Gesetzbüchern und Entwürfen ist die Recusation mehr begünstigt; dennoch aber möchten sie kaum hinreichend den Angeschuldigten sichern. Wenn die würtembergische Strafprozeßordnung [16])

16) Würtembergische Strafprozeßordnung §. 40.

als Ablehnungsgründe diejenigen Verhältnisse aufstellt, welche den Richter als Zeugen verdächtig machen würden, und auf §. 305. Nr. 4. §. 306 und 309. verweist, so zeigt sich, daß dadurch nur die Verhältnisse der Verwandtschaft, der Schwägerschaft und des Verlöbnisses, der persönlichen Beziehung der Freundschaft, Feindschaft des Richters zu dem Angeschuldigten oder Beschädigten, oder des Interesse's am Ausgange des Streits gemeint sind; nach Art. 40. Nr. 2. ist zwar noch als Ablehnungsgrund auch der bestimmt, wenn der Richter sich bei der Untersuchung auf Befangenheit hindeutende Gesetzwidrigkeiten erlaubt, oder sich derselben verdächtig gemacht hat; allein diese Vorschriften sind zu enge gefaßt, als daß sie den Angeschuldigten sicher stellen sollten; denn wie wenig die Vorschrift, daß Feindschaft des Richters mit dem Angeschuldigten die Ablehnung rechtfertigen soll, genügt, lehrt die Erfahrung. Da es hier nicht auf eine bestimmte Thatsache ankommt, die bewiesen zu werden braucht, sondern der Beweis der Feindschaft aus verschiedenen Nebenumständen geführt werden muß, so hängt zuviel von der Willkür der entscheidenden Gerichte ab, welche das Wort „Feindschaft" möglichst enge nennen. Aus Akten, die im Spruchcollegium vorlagen, ist dem Verfasser bekannt, daß in einem Falle, wo der Angeschuldigte bewies, daß er als Director eines Museums mit dem Richter, der in der Gesellschaft betrunken war, und aus dem Zimmer gewiesen werden mußte, Streit gehabt habe, daß sie unartige Billets sich geschrieben haben, daß sie auf der Straße sich nicht grüßten, — in einem andern Falle, in welchem der Inculpat nachwies, daß seit der Zeit, als er den um die Hand seiner Tochter nachsuchenden Richter abgewiesen habe, der letzte bei jeder Gelegenheit seine Abneigung und Unwillen an den Tag lege, die in erster Instanz entscheidenden Behörden das Recusationsgesuch zurückwiesen, weil

sie die Feindschaft nicht für genügend hielten; dennoch möchte nicht zu bezweifeln seyn, daß in den erwähnten Fällen der Richter nicht als unbefangen betrachtet werden kann. — Auch die oben angeführte Bestimmung des würtembergischen Gesetzbuches ist zu enge; nur die auf Befangenheit hinweisenden Gesetzwidrigkeiten während der Untersuchung sollten darnach Ablehnungsgrund seyn; allein, es giebt viele Härten und drückende Behandlungen des Angeschuldigten, welche eine leidenschaftliche Stimmung oder Befangenheit des Inquirenten verrathen und keine eigentlichen Gesetzwidrigkeiten enthalten; z. B. wenn der Beamte dem Gefangenen jede Lectüre versagt, wenn er ihm kleine Erleichterungen weigert, die mit der Gefängnißordnung nicht verträglich wären, wenn er den Angeschuldigten mit rohen Worten anfährt, ihm droht, ohne daß die Drohung eine gesetzlich verbotene ist; in allen solchen Fällen sollte der Inquirent, gegen welchen ein solches Benehmen hergestellt wird, nicht mehr die Untersuchung führen [17]). Mit Recht hat der badische Entwurf [18]) zu den Ablehnungsgründen noch den beigefügt: wenn der Richter Aeußerungen gemacht oder Rathschläge ertheilt hat, woraus seine Befangenheit in der Sache hervorgeht. Es kommt nur darauf an, welche Deutung man diesen Worten giebt und in welchem Geiste man sie anwendet. Die Aeußerungen können entweder solche seyn, welche die in der Seele des Richters herrschende, leidenschaftliche Stimmung in Beziehung auf die Gattung von Verbrechen verrathen, zu

---

17) Die Commission der zweiten Kammer in Baden faßte daher den §. 21. Nr. 8. so: wenn er sich im Verfahren Drohungen, Mißhandlungen des Angeschuldigten oder anderer Gesetzwidrigkeiten, die auf Befangenheit schließen lassen, erlaubt hat. — Auch diese Fassung hätte noch erweitert werden dürfen.

18) Entwurf §. 21. Nr. 1.

denen die Handlung gehört, deren der Inculpat angeschuldigt ist, oder welche eine Abneigung des Richters gegen den Angeschuldigten, eine gewisse üble Meinung über seine Immoralität oder seine Lebensweise an den Tag legen, oder welche eine leidenschaftliche Stimmung des Richters gegen den Angeschuldigten überhaupt andeuten, oder ein voreiliges Urtheil enthalten, durch welches der Richter seine Meinung von der Schuld des Angeklagten ausspricht. Beispiele der ersten Art bieten bei Untersuchungen wegen Zolldefraudationen Aeußerungen, durch welche der Richter seinen Haß gegen Schmuggler ausspricht, z. B. daß man solche schändliche Leute auf das strengste bestrafen müsse, daß er nur wünsche, bald Gelegenheit zu bekommen, um an solchen Leuten ein Beispiel zu statuiren [19]). Noch häufiger wird bei politischen Verbrechen eine Leidenschaft verrathende Aeußerung vorkommen. Ein Beispiel der zweiten Art liegt in der Aeußerung, daß man dem Angeschuldigten als einem durchaus verdorbenen Menschen alles mögliche Schlechte zutrauen könne. Ein Beispiel der dritten Art enthält die Aeußerung eines Richters, daß immer sein Blut rascher walle und Zorn ihn übermanne, wenn er den Angeschuldigten nur sehe oder höre; die Aeußerung eines Richters, daß er, wenn von einem verübten Verbrechen die Rede ist, den Angeschuldigten sicher für schuldig halte, würde ein Beispiel der vierten Art enthalten. Wir geben zu, daß solche Aeußerungen auch von sehr ehrenwerthen Männern ausgehen können, die in vertraulichen Verhältnissen einem Freunde im gerechten Unwillen über schändliches Betragen eines in einer Untersuchung verwickelten Mannes offen ihre Meinung aussprechen; allein gewiß ist es, daß ein Richter, welcher sich auf diese Art

---

19) Ein solcher Fall lag vor 12 Jahren dem hiesigen Spruchcollegium zur Entscheidung vor.

ausgesprochen hat, nicht mehr unbefangen genannt werden kann und unwillkürlich da, wo er dem Angeschuldigten als Richter gegenüber steht, durch die in ihm vorwaltende Stimmung so beherrscht wird, daß er schon bei dem Anhören der Verhandlungen oder der Relation [20]) einseitig jede anschuldigende Thatsache hervorhebt, sie leichter für wahr annimmt, ungünstig die Vertheidigungsmomente anhört, gern für unwahr sie hält und bei der Abstimmung im Zweifelszustande des Gemüthes sicher der strengeren Meinung folgt. Mit Recht haben daher auch in anderen Ländern, in welchen man sehr strenge über die Ehre des Richteramts wacht und nicht die Recusationen begünstigt, z. B. in Frankreich [21]) und in Italien [22]), die voreilige Aeußerung einer Meinung über eine Rechtssache als einen Grund der Recusation des Richters betrachtet [23]). Wir setzen noch voraus, daß man von dem Angeschuldigten keinen strengen Beweis der von ihm zur Begründung der Recusation angegebenen Thatsachen verlangen darf; es erklären auch die neuen Gesetzbücher und Entwürfe, daß es nur auf Bescheinigung ankommt; allein eben jener Ausdruck ist, wie die Erfahrung in Hannover lehrte [24]), ein sehr vieldeutiger; alle Controversen des ge-

---

20) Noch schlimmer ist es, wenn ein solcher Mann selbst Referent ist; hier gestaltet sich, ohne daß er nur des Einflusses seiner Stimmung sich bewußt ist, Alles nur anschuldigend gegen den Inculpaten. Die Auffassung wird eben so einseitig werden als der Vortrag.

21) Legraverend traité de la legislation crim. Vol. II. p. 34.

22) Von Italien s. den Ausspruch des obersten Gerichtshofs in Palermo, in Mancini Ore solitarie l. c. p. 179.

23) Eines der neuesten Arrêts des Cassationshofes in Paris ist das vom 14. Junius 1839. Morin dictionnaire du droit criminel p. 687.

24) Juristische Zeitung für das Königreich Hannover; herausgegeben von Schlüter. 1844. Heft II. S. 107.

meinen Rechts im Civilprozesse werden hereingezogen; und in neuerer Zeit verlangt man insbesondere dazu einen Beweis, der zwar an die sonst erforderlichen Förmlichkeiten, sofern diese nicht zur Beurtheilung der äußern oder innern Beweiskraft oder zur Rechtsvertheidigung des Gegentheils durchaus wesentlich sind, nicht gebunden ist, jedoch eine die juristische Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der Thatsachen begründende volle Beweiskraft enthalten müsse. Man bemerkt leicht, daß bei dieser Ansicht der Angeschuldigte nicht selten große Schwierigkeit finden wird, die erforderliche Nachweisung zu liefern.

Fragt man, ob man dem Angeschuldigten gestatten soll, zur Ablehnung des Richters auch jene Gründe geltend zu machen, welche nicht für den einzelnen Fall, sondern allgemein wirken und die richterliche Fähigkeit überhaupt angreifen, so muß man zwar zugeben, daß es nicht erlaubt seyn kann [25]), die Intelligenz und geistige Würdigkeit des Richters anzugreifen und beliebig jene Vermuthung zu zerstören, welche durch seine Anstellung vom Staate begründet ist, als nur nach sorgfältiger Prüfung der Staat einen Richter anstellt; allein zweifelhafter wird die Beantwortung der Frage, wenn von moralischen Eigenschaften oder von gewissen Zuständen des Richters die Rede ist, welche das Vertrauen zu seiner Würdigkeit und Fähigkeit zerstören, Richter zu seyn. Ein hieher gehöriges Beispiel der ersten Art ist dem Verfasser aus Akten des Spruchcollegiums bekannt. Der Angeschuldigte erklärte, daß er den Richter recusire, weil dieser erweislich so zornig sey, daß er bei dem geringsten Widerspruch in solche Heftigkeit gerathe, daß er wie toll sich betrage, daß daher dieser Beamte oft seine Ehefrau geprügelt habe und an einem

---

25) In sofern kann man der von Röllner in der aktenmäßigen Darlegung des gerichtlichen Verfahrens gegen Pfarrer Weidig S. 159. aufgestellten Ansicht beistimmen.

Zustande der Zornmüthigkeit (excandescantia furibunda) leide. Das Gericht ließ in jenem Falle die Recusation und die angebotene Beweisführung nicht zu, weil, wenn selbst die angegebenen Umstände wahr wären, sie nicht die Recusation begründen könnten, zu welcher Befangenheit des Richters in Bezug auf den Angeschuldigten gehört. — Was regelmäßig in den Fällen geschieht, wenn der Angeschuldigte sich einem Untersuchungsrichter, zu dem er kein Vertrauen hat, unterwerfen muß, vorzüglich wenn das gestellte Recusationsgesuch abgeschlagen wird, trat auch hier ein; der Angeschuldigte gab überall ausbeugende Antworten, sprach bei jeder Gelegenheit seine Richtachtung des Inquirenten aus; dieser dagegen wurde dadurch leidenschaftlicher und häufig sehr unartig, und die Untersuchung führte zu keinem Ziele, während sie eine ganz andere Wendung nahm und selbst ein Geständniß herbeiführte, als wegen Krankheit des ersten Inquirenten ein anderer, zwar energischer, aber sehr humaner ruhiger Mann, mit der Untersuchung beauftragt wurde. Ein Beispiel der Recusation wegen gewisser Zustände, welche die Fähigkeit des Inquirenten zum Richteramte angreifen würden, enthielte der Fall, wenn dem Beamten vorgeworfen würde, daß er an Trunksucht oder delirium tremens litte. Da nach der Erfahrung Personen, die von dieser Krankheit befallen sind, an einer außerordentlichen krankhaften Reizbarkeit leiden, die sie oft zu Handlungen und Aeußerungen bringt, die ihrer Natur im normalen Zustande fremd sind, so dürfte ein solcher Zustand wohl ein Grund seyn, der das Vertrauen des Angeschuldigten zu dem Richter sehr vermindern kann und ihn berechtigt, Recusationen auszuüben, um so mehr, als eben die Inquisition und das persönliche Zusammentreffen mit einem ebenfalls leicht aufgeregten, im Kampfe gegen den Ankläger befindlichen Angeschuldigten leicht geeignet ist, einem krankhaft reizbaren Manne jene

Ruhe und Besonnenheit zu rauben, ohne welche keine Untersuchung gedeihen kann. Daß solche Recusationen mit der größten Vorsicht geprüft und nicht leicht zugelassen werden sollen, ist gewiß. Bezweifeln möchten wir, ob die Hoffnung, daß bei gehöriger Folgsamkeit und Selbstbeherrschung des Kranken Rückfälle vermieden werden können, ein Grund seyn kann, dies Recusationsgesuch abzuschlagen; denn eben jene krankhafte, die Selbstbeherrschung hindernde Reizbarkeit und der krankhafte Drang des Patienten, durch starke Getränke sich Erleichterung momentan zu verschaffen, sind die Gefahren, gegen deren Ausbruch keine Bürgschaft gegeben ist. Die bloße Besorgniß aber ihres Daseyns sollte schon im eigenen Interesse des Staats, der vorhersehen muß, daß unter solchen Verhältnissen die Inquisition nicht gelingen wird, den Beschluß bewirken, daß dem Inquirenten die Untersuchung abgenommen wird.

Die bisherigen Betrachtungen liefern das Ergebniß, daß die Vorschriften über Recusation angestellten Richter einer Revision bedürfen, und um das nothwendige Vertrauen zu den Richtern und die Wirksamkeit ihrer Verfügungen und Urtheile zu begründen, die Rechte des Angeschuldigten erweitert werden müssen. Die Mittel hiezu sind vier: 1) entweder die Gestattung des Perhorrescenzeides, 2) die Ausdehnung der Recusationsgründe, 3) die Befugniß des Angeschuldigten, nach den obigen Vorschlägen einige Gerichtsmitglieder peremtorisch zu recusiren, 4) die Einrichtung, nach welcher der Angeschuldigte befugt seyn soll, ohne Angabe bestimmter Gründe zu fordern, daß statt des zuständigen Gerichts, an welches der Fall gehört, die Verhandlung einem andern Gerichte überwiesen werden soll. Was das erste Mittel betrifft, so möchten wir für die Aufnahme des Perhorrescenzeides nicht stimmen [26]),

26) Bedenklich scheint uns der von Röllner in der aktenmäßigen Darstellung S. 161. gegen diesen Eid angegebene Grund,

weil überhaupt die Heilighaltung des Eides am besten dadurch gesichert werden kann, daß Eide nur sparsam vorkommen, weil dieser Perhorrescenzeid ein Glaubenseid ist, dessen Gestattung vielen Einwendungen unterliegt, und weil wegen der Zwangslage, in welcher der Angeschuldigte sich befindet, die Besorgniß des Mißbrauchs dieses Eides nahe liegt. — Unbedenklich würde das zweite Mittel die Angeklagten vollkommen sichern, wenn die Zahl der Recusationsgründe im Gesetze erweitert wird. Nach unseren oben angegebenen Bemerkungen über die Fassung der neuen Gesetzbücher in Ansehung der aufgeführten Gründe bleibt noch vieles zu wünschen übrig. Es sollte das Princip angenommen werden, daß ein Recusationsgesuch überall begründet werden kann, wo durch die auch nur wahrscheinlich gemachten Thatsachen die Besorgniß sich ergiebt, daß der Richter, gegen welchen sie vorgebracht sind, entweder gegen den einzelnen Angeschuldigten eine Befangenheit haben kann, oder durch gewisse geäußerte Gesinnungen oder Stimmungen über die Art von Sachen, zu welchen die vorliegende gehört, das Mißtrauen einer unparteiischen Würdigung der Sache begründet, oder wo wegen moralischer Eigenschaften oder Zustände des Richters befürchtet werden muß, daß sein Benehmen gegen den Angeschuldigten nicht das seyn werde, welches von einem unparteiischen Richter erwartet werden kann. Alles kommt nur darauf an, mit welchem Sinne diejenigen, welche

---

wenn er bemerkt, daß zu diesem Ende eine ungeschmälerte Ehre erforderlich ist, welche Personen, die in dem Verdachte eines Verbrechens stehen, nicht genießen. Wir fragen, ob schon die bloße Beschuldigung, die vorzüglich am Anfang des Verfahrens auch den Mitschuldigen treffen kann, genügt, die Ehre des Angeschuldigten zu schmälern, und ob wirklich, selbst wenn es erwiesen ist, daß jemand ein Verbrechen verübte, bei allen Verbrechen (z. B. wenn jemand wegen eines Duells in Untersuchung ist) dies beweist, daß er ein Mann sey, dem auch der Eid nicht mehr heilig seyn wird.

über die Zulässigkeit der Recusation zu urtheilen haben, über das Gesuch entscheiden, und die vorgebrachten Thatsachen würdigen. Je mehr sie zwar durchdrungen von der Nothwendigkeit der Aufrechthaltung der Energie der Strafjustiz und entfernt von einer Nachgiebigkeit gegen jeden Wunsch eines Angeschuldigten von der Ueberzeugung geleitet werden, daß es im Interesse des Staats selbst liegt, daß auf seinen Richtern nicht ein Schatten von Mißtrauen hafte, und daß im Zweifel der möglicherweise befangene Richter von der Untersuchung oder Urtheilsfällung entfernt werde, desto zweckmäßiger wird das System der Aufzählung bestimmter Recusationsgründe im Gesetze wirken. Was das dritte Mittel, die Gestaltung peremtorischer Recusationen betrifft, so können zwei Rücksichten dagegen nicht unbeachtet bleiben. Es liegt allerdings die Besorgniß nahe, daß das Mittel von Angeschuldigten oder Vertheidigern mißbraucht werde, um ehrenwerthe Richter, deren Charakterfestigkeit und Intelligenz sie fürchten, zu entfernen. Nicht weniger scheint das Mittel an den Schwierigkeiten der Ausführung der Einrichtung zu scheitern, daß man nicht sogleich, wenn der Angeschuldigte einen oder zwei Richter ablehnt, andere Richter an die Stelle der recusirten treten lassen kann. Wir glauben dennoch, daß das Gewicht beider Einwendungen nicht so groß ist, als man oft vorgiebt. — Zwar darf nicht verkannt werden, daß von chicaneusen Anwälten Mißbrauch getrieben und mancher Richter nur aus Laune oder Bosheit abgelehnt werden könnte; allein Fälle dieser Art werden sehr selten seyn und immer weniger werden, jemehr die Ehrenhaftigkeit des Advokatenstandes solche Mittel verabscheuen und die Klugheit der Angeschuldigten und der Vertheidiger bald zeigen wird, daß grundlose und frivole Recusationen mehr schaden, weil eine ungünstige Stimmung gegen den Angeklagten, der

zu solchen Mitteln Zuflucht nimmt, bei den Richtern entstehen wird. Ueberhaupt lehrt die Erfahrung, daß charakterfeste, wahrhaft intelligente, als unpartheiisch geachtete Richter, wenn sie auch als strenge bekannt sind, von dem Recusationsrechte nichts zu fürchten haben; nur leidenschaftliche, voreilig ihre Meinung überall aussprechende, oder aus Charakterschwäche oder aus unlauteren Absichten jedem Einflusse von Oben zugängliche Richter, oder solche, die als wahre Götzendiener der Abschreckungstheorie glauben, daß man nicht strenge genug strafen könne, und in jedem Angeschuldigten auch den Schuldigen erblicken, werden öfter recusirt werden. Ob aber diese Erscheinung ein wahres Unglück für den Staat ist, bezweifeln wir. Was die Ausführbarkeit des Instituts der peremtorischen Recusationen betrifft, so setzen wird voraus: 1) daß der als Präsident für die Verhandlung bezeichnete Richter nicht peremtorisch, sondern nur aus bestimmten Gründen recusirt werden kann [27]). Wäre dies nicht, so würde allerdings oft die Gefahr begründet seyn, daß durch die Recusation eines Richters, der sich mit Mühe seit längerer Zeit auf die Verhandlung vorbereitet hat, eine große Verzögerung eintreten würde. Man darf erwarten, daß eben deswegen die Regierung mit doppelter Vorsicht aus der Zahl der Richter denjenigen als Präsidenten auswählen wird, dessen Charakter, Geist und ganzes Benehmen das vollste Vertrauen zu ihm begründen. 2) Mit der den Angeklagten einzuhändigenden Liste der Richter, welche über den Straffall zu urtheilen haben, werden zugleich die Namen derjenigen angegeben, welche als Ergänzungsrichter eintreten, wenn der Angeschuldigte von dem Recusationsrechte Gebrauch macht. Der

---

27) Dies hatte der badische Entwurf von 1835 vorgeschlagen.

Inculpat weiß dann, welche Folge seine Recusation haben wird; er mag nun selbst prüfen, ob er lieber dem Richter, den die Reihe trifft, oder dem Ergänzungsrichter trauen will. Es müßte dann bestimmt werden, daß der Stellvertreter nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen recusirt werden kann. Es versteht sich auch, daß nur eine kleine Zahl der Richter peremtorisch recusirt werden kann, z. B. in einem Gerichtshofe von 3 Richtern Einer, in einem Collegium, das aus 5 oder 7 Richtern bestehen soll, Zwei. Für die Ausübung des Recusationsrechts ist eine kurze Frist zu setzen. Unter solchen Beschränkungen wird es nicht schwierig seyn, im Falle eintretender Recusation die Stelle der abgelehnten Richter zu besetzen. Bei einem Gerichtshofe werden immer mehr als 3 Richter angestellt seyn; bei höheren Gerichten sind ohnehin häufig mehrere Senate, so daß wenn ein Richter recusirt wird, ein anderer leicht eintreten kann. Für außerordentliche Fälle wird von dem benachbarten Gerichte ein Ergänzungsrichter eingerufen werden können. Das oben angeführte vierte Mittel, durch welches der Angeklagte ein Gericht recusiren kann, so daß dann die Sache an ein anderes Gericht gelangt und der Angeschuldigte die höheren Kosten tragen muß, ist deswegen bedenklich, weil es nur von vermöglichen Angeklagten gebraucht werden kann, alle Einrichtungen aber, durch welche in der Strafjustiz nur der Reiche ein Privilegium erhält, nachtheilig wirken.

Die bisherigen Andeutungen mögen wenigstens auf die Nothwendigkeit der Revision der Lehre von der Ablehnung der Richter aufmerksam machen. Es handelt sich hier um einen ernsten Gegenstand. In dem mit jedem Tage lebhafter geführten Kampfe, in welchem so viele Gegner des bisherigen Rechtszustandes

zu solchen Mitteln Zuflucht nimmt, bei den Richtern entstehen wird. Ueberhaupt lehrt die Erfahrung, daß charakterfeste, wahrhaft intelligente, als unparteiisch geachtete Richter, wenn sie auch als strenge bekannt sind, von dem Recusationsrechte nichts zu fürchten haben; nur leidenschaftliche, voreilig ihre Meinung überall aussprechende, oder aus Charakterschwäche oder aus unlauteren Absichten jedem Einflusse von Oben zugängliche Richter, oder solche, die als wahre Götzendiener der Abschreckungstheorie glauben, daß man nicht strenge genug strafen könne, und in jedem Angeschuldigten auch den Schuldigen erblicken, werden öfter recusirt werden. Ob aber diese Erscheinung ein wahres Unglück für den Staat ist, bezweifeln wir. Was die Ausführbarkeit des Instituts der peremtorischen Recusationen betrifft, so setzen wird voraus: 1) daß der als Präsident für die Verhandlung bezeichnete Richter nicht peremtorisch, sondern nur aus bestimmten Gründen recusirt werden kann [27]). Wäre dies nicht, so würde allerdings oft die Gefahr begründet seyn, daß durch die Recusation eines Richters, der sich mit Mühe seit längerer Zeit auf die Verhandlung vorbereitet hat, eine große Verzögerung eintreten würde. Man darf erwarten, daß eben deswegen die Regierung mit doppelter Vorsicht aus der Zahl der Richter denjenigen als Präsidenten auswählen wird, dessen Charakter, Geist und ganzes Benehmen das vollste Vertrauen zu ihm begründen. 2) Mit der den Angeklagten einzuhändigenden Liste der Richter, welche über den Straffall zu urtheilen haben, werden zugleich die Namen derjenigen angegeben, welche als Ergänzungsrichter eintreten, wenn der Angeschuldigte von dem Recusationsrechte Gebrauch macht. Der

27) Dies hatte der badische Entwurf von 1835 vorgeschlagen.

Inculpat weiß dann, welche Folge seine Recusation haben wird; er mag nun selbst prüfen, ob er lieber dem Richter, den die Reihe trifft, oder dem Ergänzungsrichter trauen will. Es müßte dann bestimmt werden, daß der Stellvertreter nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen recusirt werden kann. Es versteht sich auch, daß nur eine kleine Zahl der Richter peremtorisch recusirt werden kann, z. B. in einem Gerichtshofe von 3 Richtern Einer, in einem Collegium, das aus 5 oder 7 Richtern bestehen soll, Zwei. Für die Ausübung des Recusationsrechts ist eine kurze Frist zu setzen. Unter solchen Beschränkungen wird es nicht schwierig seyn, im Falle eintretender Recusation die Stelle der abgelehnten Richter zu besetzen. Bei einem Gerichtshofe werden immer mehr als 3 Richter angestellt seyn; bei höheren Gerichten sind ohnehin häufig mehrere Senate, so daß wenn ein Richter recusirt wird, ein anderer leicht eintreten kann. Für außerordentliche Fälle wird von dem benachbarten Gerichte ein Ergänzungsrichter eingerufen werden können. Das oben angeführte vierte Mittel, durch welches der Angeklagte ein Gericht recusiren kann, so daß dann die Sache an ein anderes Gericht gelangt und der Angeschuldigte die höheren Kosten tragen muß, ist deswegen bedenklich, weil es nur von vermöglichen Angeklagten gebraucht werden kann, alle Einrichtungen aber, durch welche in der Strafjustiz nur der Reiche ein Privilegium erhält, nachtheilig wirken.

Die bisherigen Andeutungen mögen wenigstens auf die Nothwendigkeit der Revision der Lehre von der Ablehnung der Richter aufmerksam machen. Es handelt sich hier um einen ernsten Gegenstand. In dem mit jedem Tage lebhafter geführten Kampfe, in welchem so viele Gegner des bisherigen Rechtszustandes

nur in der Einführung der Geschwornengerichte ihr Heil finden, giebt es für die Erhaltung der Urtheilsfällung durch rechtsgelehrte ständige Richter kein Mittel, als die Einrichtung, durch welche das Vertrauen zur höchsten Unparteilichkeit der Richter in der Art begründet wird, daß da, wo das Vertrauen fehlt, dem Angeklagten möglich gemacht wird, sein Mißtrauen auf die einfachste Weise auszusprechen, damit dann die Richter, welche urtheilen, als solche erscheinen, welchen der Angeschuldigte sich gleichsam freiwillig unterworfen hat.

II.

Bemerkungen über Schreibfehler in Straferkenntnissen, und über Versehen bei der Eröffnung und Vollziehung der letztern.

Von
Herrn Ober-Justiz-Registrator Jäger
in Tübingen.

Daß sich in die gerichtlichen Ausfertigungen troß aller Sorgfalt der mit ihrer Besorgung beauftragten Justizbeamten einzelne Versehen und Schreibfehler einschleichen können, ist sehr natürlich. Bei den wesentlichen Folgen aber, die namentlich aus Schreibfehlern in Straferkenntnissen entstehen können, ist es wohl nicht ohne Werth, zu untersuchen, sowohl wie sie zu verhüten sind, als auch, was zu geschehen hat, wenn troß aller Aufmerksamkeit sich solche in die Ausfertigungen von Straferkenntnissen eingeschlichen haben. Auch soll gezeigt werden, daß nicht blos durch diese die Mißgriffe im Strafverfahren möglich sind, sondern auch selbst bei der Mündlichkeit des Verfahrens sich solche zutragen können.

Hinsichtlich der Verhütung der Schreibfehler läßt sich nur im Allgemeinen sagen, daß die größtmöglichste Aufmerksamkeit im Dienste allen Beamten zu empfehlen sey, welche mit der Entwerfung (Concipirung), Reinschreibung,

Collationirung, Contrasignatur und Unterschrift der Strafurtheile — vom Collegialvorstande bis zum Kanzellisten — beschäftigt sind. Es müssen diejenigen gegenseitigen Controlen im Dienste angeordnet werden, wodurch sich die möglichste Sicherheit herausstellt, daß keine andere, als die schuldige Person von dem Erkenntnisse betroffen —, daß keine andere, als die wirklich vom zuständigen Richter ausgesprochene Strafe vollzogen werde.

So verschieden auch im Einzelnen die Gerichts- und Kanzellei-Einrichtungen in den deutschen Staaten seyn mögen, so läßt sich doch wohl im Allgemeinen Einiges über die Ausfertigung der Erkenntnisse bei den höhern Gerichten in Deutschland sagen, da man immerhin als den allgemeinen Umriß der Obergerichts-Einrichtungen in Deutschland, soweit das schriftliche Verfahren die Grundlage bildet, wird annehmen dürfen, daß unter der Leitung eines Collegialvorstandes die Räthe und Assessoren des Gerichts ihre Vorträge über die ihnen zur Bearbeitung zugetheilten Rechtsfälle in der Gerichtssitzung ablegen, und ihre Anträge stellen, daß hierüber debattirt und abgestimmt wird, die Stimmenmehrheit den Beschluß giebt, daß ein in der Sitzung anwesender Secretär den Collegialbeschluß nach der Sitzung zuerst im Entwurfe (Concept) dem Referenten und dem Collegialvorstande zur Prüfung vorlegt, diese den Entwurf — mit oder ohne eigenhändige Abänderungen — unterzeichnen, und sofort ein Kanzellist denselben ins Reine schreibt, worauf der Secretär die Reinschrift nach vorgängiger Collationirung contrasignirt und hiedurch ihre Richtigkeit beurkundet, so daß ihr der Collegialvorstand endlich durch seine Unterschrift die formelle Gültigkeit verleihen kann. Die hiebei anzuwendenden Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Versehen dürften — fast durchaus nach dem Verfahren bei den würtembergischen Obergerichten — in Folgendem bestehen.

1. Die zur Aburtheilung kommenden Personen sollten stets schon von den untersuchenden Gerichten nach Namen, Stand, Geburtsort, Alter, Beschäftigung, Unterscheidungsmerkmalen von andern ähnlichen Personen, — in den Gerichtsacten bezeichnet werden. Schon die Taufnamen sollten stets vollständig aufgeführt, und es sollte derjenige unter denselben, mit welchem man die betreffende Person zu rufen pflegt, durch ein Merkzeichen, z. B. durch dessen Unterstreichen, oder Schreiben mit Fractur u. dergl. hervorgehoben werden. An manchen Orten kommen so viele Leute von gleichem Familiennamen und einem oder mehreren gleichen Taufnamen vor, daß nur die Bezeichnung desjenigen Taufnamens eine Unterscheidung zuläßt, mit welchem die einzelnen Personen gerufen werden. So können z. B. zwei Brüder oder Vettern „Johann Jakob Müller" heißen, es kann in demselben Orte noch einen „Jakob Müller", einen „Johann Georg Müller" u. s. w. geben: es muß daher nothwendig die möglichste Bestimmtheit in der Bezeichnung schon durch die verschiedenen Taufnamen gesucht werden. — Die Familiennamen sind richtig zu schreiben; die eine Familie nennt sich „Müller", die andere „Miller", die eine „Bek", die andere „Bekh", die eine „Baur", die andere „Bauer." Wenn man in dieser Richtung von den mit der Rechtschreibung ihrer eigenen Familiennamen oft nicht gehörig vertrauten Landleuten die genügende Auskunft nicht erhalten kann, sind die Ortsvorsteher und Ortsgeistlichen hierüber zu befragen. — Zu genauerer Bezeichnung von einzelnen Individuen, namentlich an solchen Orten, wo einzelne Namen oft von Hunderten von Personen geführt werden, muß sich der Richter nach den im Umgange herkömmlichen s. g. Uebernamen oder Spitznamen richten, wodurch die Einzelnen im Leben und Volke unterschieden zu werden pflegen. So kann es schon sehr dienlich seyn, die Geschlechtsnamen

der Gattinnen beizusetzen, zumal wenn die betreffenden Personen sich auch im gemeinen Leben einer solchen Unterscheidung bedienen, und sich also z. B. „Ellwert-Grözinger" u. s. w. nennen. Sodann sind die aus frühern Verhältnissen hergeleiteten Unterscheidungen zu benutzen, z. B. „Pariser Scholl", „Hamburger Finkh", „Rall, Amerikaner", „Fehrien, Gardist", „Leuze, Soldat" u. s. w.; ebenso die Alters- und Verwandtschafts-Bezeichnungen, wie: „alt Johann Schäfer", „jung Johann Schäfer", „jüngst Johann Schäfer"; „Friedrich Schäfer, Jakobs Enkel „Friedrich Schäfer", Hans Jergs Sohn", „Kaspar Rall, Hannesen" (scil. Sohn, d. h. Johanns Sohn.) Wenn, wie dies z. B. am Bodensee und in der Schweiz, übrigens auch sonst häufig der Fall ist, manche Häuser von ihrem ersten Erbauer, oder von ihrer eigenthümlichen Lage und dergleichen eigene Bezeichnungen tragen, sind diese namentlich dann aufzunehmen, wenn die Bewohner solcher Häuser unter den Hausnamen dem Volke bekannter sind, als unter ihrem wahren Namen, z. B. der Kussen-Bauer; wenn der erste Erbauer des jetzt von einem Xaver Fuchs bewohnten Hauses Dominikus geheißen hatte, der „Becken Jockes", wenn ein Bäcker Jakob N. zuerst das Haus bewohnt hatte, das jetzt dem Maurer Aloys Abt gehört; der „Süßlöchler", wenn der Platz, wo Haus und Hof eines Bauers stehen, „im süßen Löchle" heißt; der „Dreckweber im Loch", wenn einem Weber, bei der Unsauberkeit seines Hauswesens und wegen der vertieften Lage seines Hauses, der Volkswitz jenen Uebernamen gegeben. Sehr tauglich sind auch oft Beinamen, die von der körperlichen Beschaffenheit herrühren, z. B. „Kaspar Rall, siebenschühig", „schwarzer Morlok", u. s. w. —. Nicht mindere Sorgfalt ist auf die Bezeichnung der Geburts- und Wohnorte zu verwenden, und man sollte stets die politische Bezirks-Eintheilung, wenigstens die nächste, beisetzen, wie z. B. in Baiern

Landgerichtsbezirke, in Würtemberg Oberämter. Bei Ausländern ist auch die Provinzen-Eintheilung wo möglich zu ermitteln und beizufügen. Bei der Gleichheit der Namen so vieler Orte in Deutschland ist diese Maßregel dringend nothwendig. So giebt es im Königreiche Würtemberg auf 354½ Quadratmeilen nicht weniger als neunzehn Orte mit dem Namen „Berg", der mit „Berg" zusammengesetzten Ortsnamen — die sich auf mehrere Hunderte belaufen, gar nicht zu gedenken. Die Nothwendigkeit genauer Bezeichnung der Ortsnamen möge folgender Fall darthun. Als Referendar (Practikant) bei einem würtembergischen Untergerichte an der nordwestlichen Gränze von Würtemberg sollte der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes auf Requisition eines andern Gerichts einer „Katharine K—r aus B—n ein auf Instanz-Absolution hinsichtlich des Kindesmords-Verdachts lautendes Erkenntniß eröffnen. Als aber auf Vorladung durch den Ortsvorsteher von B—n vor Gericht ein körperlich noch gar nicht entwickeltes Kind von 15 Jahren erschien, und auf Befragen dem Verf. versicherte, sie sey die einzige Katharine K—r in ihrem Dorfe, und als sie bei fernerer Erkundigung nach ihren Verhältnissen versicherte, ihr Dorf noch nie auf längere Zeit verlassen zu haben, unterließ der Verf. die Urtheilseröffnung, erbat sich von dem requirirenden Gerichte nähere Aufklärung, und nun ergab es sich, daß die dort in Untersuchung gestandene Kath. K—r aus einem gleichnamigen Dorfe B—n gebürtig war, das 25 deutsche Meilen vom ersten „B—n" entfernt an der südöstlichen Ecke von Würtemberg liegt, — eine Weitläufigkeit und Verzögerung in der Urtheilseröffnung, welche erspart worden wäre, wenn der Concipient des Erkenntnisses in Frage alsbald die Angeschuldigte als „Kath. K—r aus B—n, Oberamts R. im D. Kreise" bezeichnet hätte. Wie leicht in Folge eines solchen Versehens ein Straf-

urtheil an einem Unschuldigen von einem tumultuarisch handelnden Beamten vollzogen werden könnte, ist klar. — Ganz besondere Vorsicht ist bei Untersuchungen zu empfehlen, in welche viele Personen verwickelt sind, so daß, zumal bei ihrer Namensgleichheit, ohne große Aufmerksamkeit Verwechselungen entstehen könnten. — In allen gerichtlichen Ausfertigungen sollte sodann auf diese charakteristischen Unterscheidungen sorgfältig geachtet werden.

2. In den schriftlichen Vorträgen der Referenten über Straffälle sollte der Antrag auf Reatsbezeichnung und auf Strafmaß stets mit Worten, und weder mit bloßen Abkürzungen, noch mit Ziffern, deutlich ausgeschrieben seyn. Beim Ablegen des Vortrags sollte der Referent jedesmal am Rande der schriftlichen Arbeit kurz bemerken, ob sein Antrag genehmigt — oder ob und welcher andere Beschluß gefaßt worden. Wenn z. B. der Antrag des Referenten genehmigt worden, „wegen Körperverletzungen mit bleibenden Folgen vier Jahre Arbeitshaus" zu erkennen, sollte der Referent nebenhin beisetzen: „sic conclusum", oder: „nach dem Antrage"; wäre das Collegium mit dem Strafmaße nicht — wohl aber mit der Reatsbezeichnung einverstanden, so hätte der Referent zu bemerken „per majora 4½ Jahre", u. s. w.

3. So oft ein Collegialbeschluß gefaßt ist, sey es nach vorgängiger längerer Berathung, sey es durch unverweilte Beistimmung der Votanten zum Antrage des Referenten, sollte der Collegialvorstand den Beschluß in kurzer Form verkünden, z. B. „Andreas Beutler aus Lomersheim, Oberamts Brackenheim, per unanimia wegen großen und erschwerten Diebstahls zwei Jahre Arbeitshaus, Schadensersatz und Bezahlung der Haft- und Untersuchungskosten"; eine Meinungsverschiedenheit wäre kurz zu charakterisiren, etwa dahin: „— — — der Herr Referent hat auf Ein Jahr Kreisgefängniß angetragen, Herr Ober-

Justizrath Wendler und Herr Assessor Kreidler stimmen auf zehn Monate, durch die Beistimmung der Herren Ober-Justizräthe Braun und Miller zu dem Antrage des Herrn Referenten ist Beschluß: „Ein Jahr Kreisgefängniß", und dergl.

4. Der Collegialvorstand sollte ein sogenanntes Directorial-Protokoll führen, in welchem die Personen, Anschuldigungen, Antrag des Referenten, Collegialabstimmung und Collegialbeschluß während des Laufs der Sitzung und des Vortrags kurz verzeichnet würden.

5. Wenn der Protokollführer den Entwurf eines Strafurtheils auf den Grund der Collegialbeschlüsse verfaßt hat, hätten ihn der Referent bei der Revision — der Vorstand bei der Superrevision dieses Concept jener mit den Randbemerkungen in seinem Vortrage, dieser mit dem Directorial-Protokolle genau zu vergleichen, und sie hätten ihr Vidi erst bei vollständiger Ueberzeugung von der Uebereinstimmung des Entwurfs mit dem Collegialbeschlusse beizusetzen. Dieser Entwurf dürfte keine Abkürzungen noch Ziffern in den Hauptbestandtheilen des Erkenntnisses enthalten; Personen- und Ortsnamen, Bezeichnung des erkennenden Gerichts, Strafmaß rc. müßten ganz ausgeschrieben seyn; es dürfte z. B. nicht heißen: „A. M. Bauer aus Nonnenhorn, L. G. Lindau, w. großen Diebst. 2 J. A. H. u. Uf. Kost.", sondern es müßte ausgeschrieben werden: „Anna Maria Bauer aus Nonnenhorn, königlich bairischen Landgerichts Lindau, wegen großen Diebstahls zweijährige Arbeitshausstrafe und die Untersuchungskosten", u. s. w. Ebenso dürfte nicht blos abgekürzt werden: „— — erkennt der rc. Senat rc.", sondern es müßte der vollständige Name des erkennenden Gerichts beigesetzt werden, z. B.: „— — der Criminal-Senat des königlichen Gerichtshofs für den Donaukreis rc." Alle Correcturen und Durchstriche in dem Entwurfe sollten vermieden, die Urtheils-

entwürfe, welche in den Hauptpunkten corrigirt wären, mit andern saubern und reinlichen Entwürfen vertauscht werden; es sollte z. B. namentlich in keinem Urtheilsentwurfe das Strafmaß corrigirt seyn.

Man könnte auch vorschreiben, daß jedes Strafurtheil von dem Referenten, oder von dem Secretär entweder in der Sitzung, worin es beschlossen worden, oder in der nächsten Sitzung vollständig vor dem versammelten Gerichte vorgetragen werden solle, damit sich das Gericht von der Richtigkeit der Ausfertigung überzeuge.

6. Die Kanzellisten wären streng dafür verantwortlich zu machen, daß sie nur von einem fehlerlosen Entwurfe eine Reinschrift machen würden, und namentlich ohne das Vidi des Referenten und Collegialvorstandes keinen Entwurf zur Reinschrift annehmen dürften.

7. Der Secretär sollte die Reinschrift genau collationiren, und sie erst dann contrasigniren, wenn er sich von ihrer vollständigsten Uebereinstimmung mit dem genehmigten Entwurfe überzeugt hätte. Dann sollte dieselbe dem Referenten zugestellt werden, und nur wenn auch dieser sich von ihrer Richtigkeit versichert, sollte sie dem Collegialvorstande vorgelegt werden, der sie dann unterschreiben dürfte, wenn er durch Vergleichung der Reinschrift mit seinem Directorial-Protokolle dieselbe als dem Collegial-Beschlusse entsprechend erfunden hätte.

8. Von jedem Erkenntnisse wären 3 Reinschriften zu fertigen; die Eine käme als integrirender Theil der Acten und als das eigentliche Urtheil zu den Obergerichts-Acten, eine zweite würde dem Untergerichte, das die Untersuchung führte, zur Eröffnung und Vollziehung des Urtheils zugefertigt, eine dritte wäre der Verwaltung der Strafanstalt zuzusenden, worin der Verurtheilte seine Strafe zu erstehen hat. Wären in Einer Untersuchung Strafen von ganz verschiedener Art gegen die mehrern Angeschuldigten er-

kannt worden, so müßten den verschiedenen Strafanstalten-Verwaltungen die sie betreffenden Urtheilsausfertigungen zugefertigt werden, wobei aber dann gestattet seyn müßte, diejenigen Angeschuldigten und Strafen ganz wegzulassen, welche die betreffende Strafanstalt nicht berühren, so daß diese letztern Zufertigungen als Auszüge aus dem Gesammterkenntnisse, übrigens jeder mit dem vorschriftsmäßigen Eingange und Schlusse, mit der Contrasignatur des Secretärs, und der Unterschrift des Vorstandes — zu behandeln wären.

9. Nicht nur zur Erleichterung für die Kanzelleibeamten, um ihnen die ermüdende Wiederholung der stets gleichförmigen Urtheilsformeln zu ersparen, sondern auch zu größerer Förderung der Geschäfte und hauptsächlich zu einer größern Sicherheit gegen Schreibfehler wenigstens in einem Theile der Ausfertigungen würde es dienen, wenn gedruckte oder ithographirte Urtheilsausfertigungen beständen, d. h. solche, in denen der Eingang und der Schluß in der vorschriftsmäßigen Form schon lithographirt oder gedruckt wären, so daß der Secretär beim Entwurfe, der Kanzellist in der Reinschrift des Urtheils nur den Namen, die Reatsbezeichnung und die Strafe des Verurtheilten nebst dem Beschlusse über den Schadens- und Kostenpunkt und das Datum einzusetzen hätte. Der Referent und der Collegialvorstand würden hierdurch bei der Revision des Entwurfs und der Reinschrift ebenfalls wesentlich erleichtert, weil sie nur noch das Geschriebene in denselben hinsichtlich seiner Actentreue zu prüfen hätten.

10. Das mit der Urtheilseröffnung beauftragte Untergericht sollte über diese Verhandlung ein Protokoll aufnehmen, das im Eingange den Inhalt des Strafurtheils nach Namen, Reatsbezeichnung, Strafmaß, Kosten- und Schadensersatzpunkt vollständig enthielte, und es sollte nicht genügen, wenn im Protokolle blos stände:

„das Erkenntniß des Obergerichts vom 17. Mai 1842 sey den 22. ejusdem dem Verurtheilten vollständig eröffnet worden." Das Eröffnungsprotokoll in seiner obigen Vollständigkeit sollte dem Obergerichte vorgelegt werden, und hier sollte es der Referent mit dem Urtheilsexemplare der Obergerichts-Acten genau hinsichtlich der Uebereinstimmung zwischen dem Collegialbeschlusse und dem Wortlaute des Protokolls vergleichen.

11. Sobald ein Verurtheilter in die Strafanstalt eingeliefert worden, sollte deren Verwaltung eine sog. Einlieferungsanzeige an das verurtheilende Gericht einsenden, welche den oder die Eingelieferten nach Vor- und Zunamen, den Tag des Erkenntnisses, die verurtheilende Stelle, das Verbrechen und die Strafe kurz enthielte. Auch den Inhalt dieser Einlieferungsanzeige hätte der Referent beim verurtheilenden Gerichte mit dem bei den Gerichtsacten befindlichen Urtheilsexemplare genau zu vergleichen.

12. Einer der Kanzelleibeamten des Obergerichts sollte eine sog. Criminalprozeßliste führen, welche in tabellarischer Form die einzelnen Straffälle in gedrängter Kürze enthalten würde. Bei Führung dieser Prozeßliste würde der damit beauftragte Beamte das Straferkenntniß, das Eröffnungsprotokoll und die Einlieferungsanzeige nochmals hinsichtlich ihrer Uebereinstimmung mit einander zu vergleichen haben. —

Bei den Erkenntnissen, welche die Untergerichte innerhalb der ihnen zustehenden Strafbefugniß fällen, erleidet das bisher geschilderte Verfahren diejenigen Abänderungen, welche durch ihre einfachere Kanzellei-Einrichtung und — da, wo das Untergericht die untersuchende, verurtheilende und eröffnende Behörde zugleich ist — durch das Wegfallen der Berichtserstattung vom eröffnenden an das verurtheilende Gericht sich von selbst ergeben. Alle andern Vorsichtsmaßregeln über stete Vergleichungen zwischen den Anträgen der Referenten, den Beschlüssen des

Gerichts, den Ausfertigungen der Urtheile, — sowohl der bei den Acten bleibenden, als der an die Strafanstalten-Verwaltung abgehenden — und den Einlieferungsanzeigen der letztern bleiben dagegen auch hier in voller Geltung. Im Allgemeinen findet man bei den Untergerichten einige Geringschätzung der Formen, es dürfte aber sehr wesentlich seyn, wenn sie auch ihrerseits möglichst auf dieselben achten würden, weil dadurch die Expeditionsversehen sich am leichtesten vermeiden und entdecken lassen.

Sind alle gerichtlichen Schritte in der bisher dargestellten Art eingehaltrn, so sollte es doch in der That sehr schwer halten, daß ein mit wesentlichen Schreibfehlern behaftetes Strafurtheil ausgehen und in Vollzug kommen sollte. Gegen blinde und unvernünftige Feinde des sog. schriftlichen Verfahrens sey hier auch gelegenheitlich bemerkt, daß sie von dem Bestreben der Gerichte, materielles Recht zu schöpfen, durch die vorstehend geschilderten gehäuften Vorsichtsmaßregeln und Controlen nur schon hinsichtlich des einzelnen Punktes der Urtheilsausfertigungen, sich überzeugen könnten.

Würde aber trotz aller Vorsicht doch ein Strafurtheil mit wesentlichen Schreibfehlern ausgefertigt, so ist wohl schwerlich irgend ein praktischer Rechtsgelehrter über dessen Werth im Zweifel. Denn die Richtigkeit einer solchen Ausfertigung liegt schon so sehr in den ersten Begriffen des Rechts, daß es dafür kaum noch eines Beweises bedarf. Mit dem gleichen Rechte ließe sich darüber streiten, ob in Jean Pauls Jubel-Senior der Consistorialbote, welcher mit gefälschten Consistorialdecreten Pfarrer und Adjuncten ernannte, diese Ernennungen rechtsbeständig vorgenommen habe. Die Strafrechtspflege erstrebt materielles Recht, erstrebt reine Wahrheit, erstrebt das richtige Verhältniß zwischen That und Strafe. Strafen kann nur der Richter; Strafe, Ausspruch des Gerichts, Recht, ist

also Das nicht, was mit absichtlicher oder fahrlässiger Entstellung der Gerichtsbeschlüsse aus den Kanzelleien hervorgeht: dies ist und bleibt eine fehlerhafte und deßhalb werthlose Urkunde, welche denn doch gewiß keinen Rechtszustand normiren kann. Sollten fehlerhafte Strafurtheile rechtsbeständig seyn können, so müßte dies auf dem allgemeinen Grundsatze beruhen, daß Alles, was die Kanzellisten geschrieben, eine rechtsgültige Urkunde sey, daß eine Fahrlässigkeit eines Secretärs beim Contrasigniren —, das Versehen eines Collegialvorstandes beim Unterschreiben einer fehlerhaften Ausfertigung formelles Recht zu schaffen vermöge. Nicht mehr die Richter, sondern die Kanzellisten würden die Strafrechtspflege ausüben, wenn alsbald dasjenige Wort rechtsbeständig wäre, was durch die Fahrlässigkeit eines Kanzelleibeamten in die Reinschrift einer Ausfertigung gekommen. Von der mehr oder minder glücklichen Stimmung der Kanzelleibeamten in Ausübung ihres Berufs hienge die Strafrechtspflege und das formelle Recht ab! Die Untergerichte aber wären zu Befolgung selbst widersinniger Strafurtheile verbunden? Wenn z. B. Jemand wegen wörtlicher Beleidigung der Amtsehre eines Dorfbüttels zur Vermögensconfiscation, Zungenausreißen und zum Viertheilen verurtheilt wäre, müßte das Untergericht mit völligstem Ernste zur Eröffnung und Vollziehung des Urtheils schreiten? Wäre in der Urtheilsausfertigung ein Johann Jakob Müller mit einem Johann Georg Müller verwechselt, so müßte das Untergericht gegen den unschuldigen Jakob Müller einschreiten? Stände in einem Erkenntnisse vom Jahre 1844, „es werde zu Recht erkannt, daß Inquisit hins. das Bezüchts des Diebstahls straffrei zu lassen — und die wider ihn verhängte Haft aufzuheben sey. So beschlossen den 3. Januar 1854"; so müßte das Untersuchungsgericht die Urtheilseröffnung und Haftentlassung noch 10 Jahre lang verschieben? u. s. w.

Doch wird man sich, wie schon gesagt, bei den Gerichten nicht im Zweifel darüber befinden, daß Schreibfehler keiner Rechtsbeständigkeit fähig seyen, wenigstens möchte schwerlich ein würtembergisches Gericht aber an der Ungültigkeit einer fehlerhaften Urtheilsausfertigung auch nur einen Augenblick im Anstande seyn. Man wird daher sogleich zu der Frage übergehen können, was zu geschehen hat, wenn sich in einem Strafurtheile ein Schreibfehler vorfindet. Mit der kurzen Antwort: „man verbessere ihn!" ist es hier nicht abgethan, sondern es kommen verschiedene Rücksichten in Betracht, wonach man unterscheiden muß.

Vor Allem sind wesentliche und unwesentliche Schreibfehler zu trennen. Unwesentlich sind, wenigstens in Deutschland, nach gemeinem Rechte, bloße Verstöße gegen die Rechtschreibung, z. B. wenn anstatt „Hermann" „Herman", statt „Zuckschwert" „Zuckschwerdt", statt „Gottlieb" „Gotlib" geschrieben wäre. Ohnedies ist bei manchen Namen der Sprachgebrauch bekanntlich schwankend; der Eine schreibt „Friderich", der Andere „Friederich", u. s. w. Solche Verstöße, welche das Verständniß des Strafurtheils nach seinem wesentlichen Inhalte durchaus nicht stören, können das weitere Verfahren nicht hindern.

Ganz wesentlich sind dagegen diejenigen Schreibfehler, welche den eigentlichen Inhalt des Erkenntnisses verändern, also namentlich:

a) unrichtige Bezeichnung des erkennenden Gerichts, z. B. Verwechselung der Senate, — Pupillen- oder Civil-Senat statt Criminal-Senat, — oder des Gerichts selbst: Criminal-Senat des Gerichtshofs in Ulm, statt des Gerichtshofs in Tübingen. Das mit der Urtheilseröffnung beauftragte Gericht und die Strafanstalten-Verwaltung können sich zwar, bei genauerer Kenntniß der Verhältnisse, den Verstoß leicht erklären, doch können namentlich für auswärtige Behörden und für spätere Zeiten sich Anstände erheben;

b) unrichtige Bezeichnung des Verurtheilten, aus den oben über Tauf- und Familiennamen und deren nothwendige Unterscheidung bemerkten Gründen;

c) unrichtige Bezeichnung der Verschuldung (des Reats) und der Strafe, bei letzterer nach Art und Dauer derselben; endlich

d) unrichtiges Datum, indem zwar z. B. am 15. Jan. **1844** Jedermann weiß, daß in einem auf den 10. Juni 1844 lautenden Erkenntnisse nur durch Versehen Juni statt Januar geschrieben ist, hingegen in spätern Zeiten sich der Anstände aus solchem unrichtigen Datum genug ergeben können.

Hinsichtlich aller dieser Verstöße wird man behaupten dürfen, daß jeder Beamte, wann und wie er sie entdecken möge, Recht und Pflicht habe, sie zur Kenntniß der zuständigen Behörde zu bringen, damit entweder blos für eine neue richtigere Urtheilsausfertigung gesorgt und eine neue Urtheilsverkündung verfügt —, oder daß das frühere Erkenntniß aufgehoben und ein neues Erkenntniß unter gehöriger Berücksichtigung der obwaltenden Umstände gefällt, daß endlich gegen den schuldhaften Beamten wegen Schadens- und Kostenersatzes, wegen der Civilansprüche u. s. w. das Erforderliche verhängt werde. Es dürfte hiebei unbedenklich behauptet werden, daß auch eine reformatio in pejus, eine Straferhöhung ausgesprochen werden könne, sobald man zugiebt, daß ein nichtiges Verfahren keine Rechte verleihe.

Die Entdeckung eines solchen Verstoßes kann nun erfolgen:

1. noch vor der Eröffnung des Urtheils. Wenn einer der Obergerichtsbeamten auf irgend eine Weise entdeckt, daß eine unrichtige Urtheilsausfertigung an das Untergericht hinausgegangen sey, hat er sogleich hievon Anzeige zu machen, damit eine berichtigte Reinschrift unverweilt mit dem Auftrage nachgesendet werde, diese und nicht jene dem Verurtheilten zu eröffnen.

Ein Untergericht, welchem ein Strafurtheil mit wesentlichen Schreibfehlern zugeht, wird auch von selbst bei der geringsten Aufmerksamkeit nicht nur ganz offenbare Irrthümer in den Punkten a. b. u. c. (oben), sondern auch augenscheinliche Mißverhältnisse zwischen der Reatsbezeichnung und der Strafe (Punkt c.) zu entdecken vermögen. Wenn, wie dies in Würtemberg Statt findet, dem Untergerichte förmliche Entscheidungsgründe zu jedem Erkenntnisse Behufs der Eröffnung an den Verurtheilten zugehen, wird die Vergleichung derselben mit dem Urtheile wenigstens in der Regel alle solche Anstände zu heben vermögen, und den Unterrichter von wirklichen Schreibfehlern in den Erkennissen überzeugen. Auch ein Strafanstalten-Verwalter, selbst wenn er nicht Rechtsgelehrter seyn sollte, wird offenbare Irrthümer in den an ihn ergehenden Notificatorien wenigstens dann bemerken, wenn die Strafe in völligem Mißverhältnisse mit der Reatsbezeichnung steht, z. B. wegen ersten, kleinen einfachen Diebstahls fünf Jahre der schwersten Strafart erkannt wären, oder wenn ihm Notificatorien mit Strafmaßbestimmungen zukommen, für welche seine Anstalt gar nicht bestimmt ist, wenn z. B. dem Verwalter einer Anstalt, die nur leichtere Verbrecher bis auf die Dauer von 2 Jahren Freiheitsstrafe aufnehmen soll, ein Erkenntniß zukommt, wonach er einen wegen Mordversuchs auf 15 Jahre der schwersten Strafart Verurtheilten aufzunehmen hätte.

Der Unterrichter, wie der Strafanstalten-Verwalter haben nun gewiß das Recht und die Pflicht, ein mit so offenbaren Fehlern behaftetes Urtheil nicht zu eröffnen und zu vollziehen, sie können und sollen vielmehr auf einem halb officiellen oder auf dem ganz officiellen Wege ihre Bedenken dem verurtheilenden Gerichte mit der Bitte um Aufklärung und beziehungsweise Hebung vortragen, bis dahin aber alles weitere Verfahren einstellen. Mit einiger Schüchternheit möchte wohl

eine Unterbehörde eine Anfrage wegen des Punktes c. an das Obergericht stellen, weil die verschiedene Beantwortung der Beweisfrage hier Alles ausmacht, und die Ansichten über die Beweisfrage, der Erfahrung nach, sehr verschieden sind zwischen den Untergerichten und den Obergerichten, weil jene alles Das, was sich in den Protokollen nicht wiedergeben läßt, zur Bildung ihrer Ansicht über die Verschuldung des Bezüchtigten mitbenutzen können, so daß sie mit der Ueberweisung gegen läugnende Inquisiten viel weniger bedenklich sind, als die Obergerichte. Sobald jedoch Entscheidungsgründe beigefügt werden, dürfte sich in der Regel kein Bedenken über die Beweisfrage bei dem mit der Eröffnung und Vollziehung des Urtheils beauftragten Untergerichte erheben.

Der halb officielle Weg aber, auf dem eine Unterbehörde ihre Anstände bei einem Erkenntnisse heben kann, besteht darin, daß sie sich in einem Schreiben, nöthigenfalls unter Anschluß des Erkenntnisses, an das Secretariat, oder die Registratur, oder — wenn, wie in Würtemberg, eine solche Stelle besteht — an den Kanzleivorstand (General-Secretär, Primar-Secretär) des Obergerichts mit der Bitte um Hebung ihrer Zweifel wendet. Dieser Weg dürfte bei offenbaren Schreibfehlern, wie oben ad a. b. c. d., der geeignetere seyn, und die Kanzleibeamten werden den Untergerichten gewiß stets aufs bereitwilligste berichtigte Ausfertigungen der Erkenntnisse zusenden. Selbst einen Zweifel über den Punkt c., der nicht durch die Entscheidungsgründe zu heben ist, wird der Secretär auf den Grund des Vortrags, der Berathung, und der Beschlußnahme schnell und leicht zu beseitigen vermögen.

Glaubt sich jedoch die Unterbehörde dieses confidentiellen Weges nicht bedienen zu dürfen, so kann sie in einem Berichte an das Obergericht selbst, diesem ihre

Zweifel vortragen, und dieses wird entweder die erforderliche Belehrung aus den Acten geben, oder für eine berichtigte Ausfertigung des Urtheils sorgen. Würde die Haft eines Verurtheilten durch eine solche Communication verlängert, so wäre es der Gerechtigkeit angemessen, unter Zurücknahme des ersten — ein neues Erkenntniß zu fällen, in welchem die Haftzeit von der Fällung des ersten bis zu der Fällung des zweiten Erkenntnisses in die Strafe eingerechnet würde.

II. Würde sich bei der Urtheilseröffnung selbst der Anstand erheben, und das Untergericht ihn nicht aus den Entscheidungsgründen aufklären können, würde z. B. selbst mit Hülfe derselben die Behauptung des in letztern als „Johann Müller" bezeichneten und bei der Urtheilseröffnung erschienenen Mannes nicht zu beseitigen seyn, daß ein anderer Johann Müller das Verbrechen in Frage begangen habe — (siehe den oben erwähnten Fall mit der Kath. K—r aus B—n), so wird das Untergericht eine solche Reclamation rc. zu Protokoll zu nehmen, die Urtheilsvollziehung vorläufig zu verschieben, und vom Obergerichte mittelst Berichts weitern Bescheid zu erbitten haben. Das Verfahren des Obergerichts wird seyn, wie bei Nr. I.

III. Selbst im Augenblicke der Urtheilsvollstreckung kann eine Reclamation erhoben, oder ein Versehen entdeckt werden. Dasjenige Gericht, welches die offenbaren Fehler entdeckt, hat alsdann auf das schleunigste die erforderliche Mittheilung an die betreffende Strafanstalten-Verwaltung zu machen, damit der Verurtheilte nicht in die Anstalt aufgenommen wird, der er irrig zugesandt wurde, und es ist seine Zurücktransportirung an das zur Urtheilseröffnung zuständige Gericht anzuordnen, damit dort auf den Grund einer neuen Urtheilseröffnung das weitere Verfahren erfolge. Würde es sich blos von einem Unterschiede in der Dauer und nicht auch in der Art der Strafe handeln, so wäre das Justitiariat der Strafanstalt

zu beauftragen, daß es dem Verurtheilten im Augenblicke seines Eintreffens das berichtigte Erkenntniß eröffne. — Denkbar wäre es aber auch, daß ein Strafgefangener in eine Anstalt eingeliefert würde, welcher sogleich beim Eintreffen behaupten würde, „nicht mit gerechter Strafe belegt zu seyn, ein Bedenken, daß ihm erst auf dem Transporte aufgestoßen sey, oder daß der Unterrichter bei der Urtheilseröffnung zu beachten in tumultarischem Verfahren verweigert habe." Hier würde es darauf ankommen, ob die Reclamation sich auf die Person des Eingelieferten, oder auf die Strafart, oder blos auf das Strafmaß bezöge. Im letztern Falle könnte man den Eingelieferten füglich aufnehmen, seine Angabe zu Protokoll bringen, und letzteres dem verurtheilenden Gerichte zur weitern Verfügung vorlegen, welche in der Bestätigung, oder der Berichtigung des ersten Straferkenntnisses bestehen würde. Dagegen könnte einem Menschen ein unersetzlicher Schaden an seiner Ehre und seinem guten Namen zugehen, wenn er gar keine, oder wenigstens keine so schwere Strafe verwirkt hätte, als diejenige, zu deren Erstehung er jetzt eingeliefert würde, und wenn man gegen seine beharrliche Verwahrung zum Strafvollzuge an ihm schreiten wollte, wenn man z. B. gegen seine bestimmteste Versicherung, nur eine nicht infamirende Strafe verwirkt zu haben, ihn ohne Weiteres in eine Strafanstalt einstoßen würde, die den Verlust der bürgerlichen Ehre nach sich zieht. Eine solche Verlegenheit könnte für den Strafanstalten-Verwalter namentlich dann entstehen, wenn ihm beim Eintreffen des Gefangenen das Notificatorium vom verurtheilenden Gerichte noch nicht zugekommen wäre. Unter allen Umständen dürfte es am räthlichsten seyn, in einem solchen Falle den Gefangenen nicht anzunehmen, sondern, mit einem Protokolle über sein Vorbringen, dem einliefernden Gerichte zur Berichtigung des Legitimationspunkts — wenn dieser Ausdruck erlaubt ist — zurück-

zuliefern. Das einliefernde Gericht hätte entweder selbst die Beseitigung der Anstände vorzunehmen, oder letztere dem Obergerichte zur Erledigung vorzulegen, wobei dasselbe wieder wie bei I. zu verfahren hätte.

IV. Würden erhebliche Irrthümer namentlich ad b. und c. in der Instanz der Rechtsmittel entdeckt, so könnte dies entweder noch bei dem verurtheilenden Gerichte selbst erfolgen, indem einer seiner Beamten bei der Berichtserstattung an den höhern Richter mittelst Vergleichung der verschiedenen Actenstücke des betreffenden Falles sich von der untergelaufenen Unrichtigkeit überzeugen würde, — oder würde das höhere Gericht auf letztere stoßen. In dem einen, wie im andern Falle müßte wiederum zur Berichtigung des Erkenntnisses und nach Umständen zu dessen Aufhebung und zur Fällung eines neuen Urtheils geschritten werden.

V. Hätte der Verurtheilte entweder das fehlerhafte Erkenntniß sogleich in Rechtskraft übergehen lassen, oder der Fehler wäre bei Prüfung der Sache in zwei Instanzen nicht entdeckt worden, und der Verurtheilte würde sich an die Gnade des Regenten wenden, so müßte auch jetzt noch, sobald der Fehler entdeckt würde, das ganze Verfahren als nicht zu Recht bestehend zur richtigen Behandlung zurückgegeben werden. Bei Irrthümern in der Person und in der Strafe müßten die Erkenntnisse beider Instanzen alsbald als nichtig zusammenfallen, und es wäre zu neuer Erkenntnißfällung zu schreiten.

VI. Würde das Versehen ad b. u. c. erst während des Strafvollzugs entdeckt, so käme es darauf an, ob die Strafe, wie sie durch ein Erkenntniß der ersten oder der zweiten Instanz, oder durch die eingetretene Begnadigung des Regenten normirt wurde, zu leicht oder zu schwer im Verhältnisse zur wahren Verschuldung des Verurtheilten ist. Ist sie zu schwer, so muß in dem zu fällenden neuen

Erkenntnisse die bisher erstandene schwerere Strafe nach dem durch Gesetz oder Praxis bestimmten Verhältnisse zwischen den verschiedenen Strafarten auf die leichtere zurückgeführt, und der noch etwa zu erstehende Rest der leichtern Strafart ausgesprochen werden. Umgekehrt wäre es bei der reformatio in pejus zu halten.

VII. Würde endlich erst nach erstandener Strafe ein Irrthum in Beziehung auf Punkt b. u. c. entdeckt, und der Verurtheilte hätte eine zu hohe — oder ganz ohne alles Verschulden eine Strafe erstanden, so müßte ihm unter Aufhebung des frühern Urtheils Wiederherstellung der geschmälerten oder verlornen Ehre und Entschädigung für das erlittene Unrecht gewährt werden. Wäre ihm noch zu wenig geschehen, so wäre die reformatio in pejus wie ad VI. vorzunehmen.

Natürlich gilt von den Untergerichten in den Gränzen ihrer Strafbefugnisse dasselbe, wie bei den Obergerichten.

Von selbst versteht sich aber, daß jeder neuen Erkenntnißfällung auch eine ordnungsmäßige Eröffnung des Urtheils mit Entscheidungsgründen und mit Belehrung über die zustehenden Rechtsmittel und den Gnadenweg nachzufolgen hätte.

Man hat in der hier erörterten Beziehung von den Vorzügen des mündlichen Verfahrens gesprochen. Vor Allem ist zu bemerken, daß mündliche Urtheilseröffnung in den meisten deutschen Staaten Regel, schriftliche Mittheilungen an die Betheiligten nur Ausnahme ist. Man sollte vielmehr sagen, „Urtheilungseröffnung durch das erkennende Gericht" sey hier ein Vortheil, weil bei einem solchen sich keine Schreibfehler einschleichen könnten. Allein auch dies findet für leichtere Straffälle schon längst in manchen deutschen Staaten Statt, wo collegialisch organisirte Untergerichte bestehen; welche die Functionen des unter-

suchenden, verurtheilenden und die Straferkenntnisse eröffnenden Gerichts vereinigen. In Würtemberg haben z. B. die Oberamtsgerichte die Befugniß, bis auf 2 Jahre Kreisgefängniß zu erkennen, und sie eröffnen die von ihnen gefällten Erkenntnisse mündlich den Verurtheilten.

Ueberdies möge man nicht übersehen, daß bei mündlicher Urtheilseröffnung selbst vor dem erkennenden Gerichte ganz leicht Verstöße durch Aussprechen unrichtiger Worte vorkommen können. Auch hier könnte daher die Frage entstehen, ob ein solcher Redefehler als eine rechtsbeständige Urtheilseröffnung zu betrachten sey, und der Verurtheilte aus demselben einem Rechtsanspruch ableiten könne, wenn ihm z. B. statt funfzehn — nur fünfjährige Freiheitsstrafe angekündigt wäre. Hierin wäre also ein so unbedingter Vortheil des mündlichen Verfahrens noch nicht zu suchen. Außerdem wird es sich fragen, ob nicht die anwesenden Mitglieder des verurtheilenden Gerichts das Recht und die Pflicht haben, die irrige Urtheilseröffnung sogleich zu berichtigen: eine Frage, welche unbedingt zu bejahen seyn wird.

Will man aber überhaupt erörtern, aus welchen Gründen und durch welche Umstände beim Strafvollzuge Mißstände entstehen können, so sind die Schreibfehler in den Strafurtheilen noch lange nicht die einzigen Veranlassungen. Vielmehr können die Untergerichte und die Strafanstalten-Verwaltungen ihrerseits auch grobe Fehler begehen. Das Untergericht könnte das richtige Urtheil des Obergerichts richtig verkünden, und doch den Verurtheilten in die unrichtige Strafanstalt abliefern; die Strafanstalten-Verwaltung könnte ihn auf den Grund der fahrlässig ausgefertigten Papiere des Untergerichts, trotz des mangelnden Notificatoriums des Obergerichts, aufnehmen, die Strafe an ihm vollziehen, die Nachfrage beim Obergerichte nach dem Notificatorium ganz unterlassen u. s. w.

Vor diesen Mißgriffen der Unterbehörden sichert auch die Mündlichkeit der Strafrechtspflege nicht.

Mit Rücksicht auf dieselben bestimmt daher der Art. 431. des würtembergischen Strafgesetzbuchs vom 1. März 1839:

„Beamte, welche mit absichtlicher oder fahrlässiger Hintansetzung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Formen die Haft, oder eine Haussuchung gegen Jemand verhängen, oder vorschriftswidrig einen Verhafteten in eine Strafanstalt abliefern lassen, unterliegen einer Geldbuße von fünf bis hundert Gulden."

und der Art. 432. desselben Gesetzbuchs setzt fest:

„Vorsteher von Strafanstalten, welche einen Strafgefangenen nach Ablauf seiner Strafzeit widerrechtlich in der Strafanstalt zurückbehalten, sollen für jeden Tag der Verspätung um zehn Gulden, und falls solche Zögerung über vier Wochen gedauert hat, mit Dienstentlassung gestraft werden."

III.

Die Strafart des Arbeitshauses im Königl. Sächs. Gesetzbuche.

Von

Herrn Dr. Fr. Schwarze,

Beisitzer des Königl. App. Gerichts zu Dresden.

Während in der früheren Gesetzgebung Todes- und langjährige Freiheitsstrafen vorherrschend waren, bis in neuerer Zeit dringend die Milderung des Strafsystems verlangt wurde, ist man in den meisten Gesetzgebungen dahin gekommen, ein vielfach gegliedertes Freiheitsstrafen-System aufzustellen, um in demselben einen Ersatz für die aufgegebnen Strafarten oder doch für die frühere langjährige Dauer der Freiheitsstrafen zu finden. Man ging von der Ansicht aus, daß nicht alle Verbrechen, zu deren Ahndung eine Gefängnißstrafe nicht für ausreichend angesehen wurde, nur mit Strafen derselben Art belegt werden könnten, vielmehr die Verschiedenheit ihrer Schwere und der moralischen Entartung der Thäter auch eine Mehrheit verschiedner schwerer Freiheitsstrafen fordere. Indem man daher glaubte, daß es zu einer gerechten Strafrechtspflege und zur Erreichung des Zwecks der Strafgesetze nothwendig sey, zwischen der Gefängnißstrafe und der Zuchthausstrafe (Kerker ꝛc.), als den zeitherigen Freiheitsstrafen, noch ein Mittelglied einzuschieben, welches zwar eine schwere,

aber an Schwere hinter der Zuchthausstrafe zurückstehende Freiheitsstrafe enthalte, entstand die Strafe des Arbeitshauses, der Strafarbeit ꝛc. Ganz abgesehen von den mannichfachen Modificationen und Unterabtheilungen, welche dieses dreigliedrige Freiheitsstrafsystem hierüber noch in den meisten Strafgesetzbüchern erfahren, war man gewöhnlich dabei zugleich von der Ansicht ausgegangen, daß, während Zuchthausstrafe den Verlust der Ehre ꝛc. und mannichfache Nachtheile in der bürgerlichen Gesellschaft für den, der diese Strafe erlitten, herbeiführen solle, die zweite schwere Freiheitsstrafe von diesen Folgen nicht begleitet seyn solle. Man stellte selbst eine Scala der verschiedenen Geltung dieser Freiheitsstrafen in Betreff ihrer Zeitdauer, insbesondre bei der Concurrenz und Verwandlung verschiedner Freiheitsstrafen auf, so daß diese Verwandlung eine res calculi wurde. Allein die Hoffnungen, welche man von dieser Aenderung des alten Strafsystems hegte, sind bekanntlich nicht in Erfüllung gegangen und die zweite Gattung der schweren Freiheitsstrafe hat den Erwartungen, die man von ihr hegte, nicht entsprochen. Der Verf. dieser Zeilen will sich hier begnügen, einige Wahrnehmungen, die er in dieser Beziehung im Königreiche Sachsen gemacht hat [1], mitzutheilen:

Der Unterschied zwischen Arbeits- und Zuchthausstrafe beruht in der Hausordnung. Die im Zuchthause detinirten Sträflinge sollen zu schwerer, die im Arbeitshause detinirten zu minder schwerer Arbeit angehalten werden. Der Verf. will darauf nicht einmal zurückkom-

1) Der Verf. will keine umständliche Erörterung der Zweckmäßigkeit dieser neuen Strafart liefern, sondern beschränkt sich darauf, daß die im K. Sachsen gemachten Erfahrungen kürzlich zu referiren und sodann — was der Hauptzweck dieses Aufsatzes ist — zu zeigen, daß auch die Arbeitshausstrafe in dem K. Sächs. Gesetzbuche zu häufig unbedingt angedroht worden ist.

men, daß weder bei den landständischen Verhandlungen über diese Verschiedenheit näherer Nachweis ertheilt, noch die rechtsprechenden Behörden von derselben näher unterrichtet worden, sonach aber sowohl ein Factor der Gesetzgebung bei Bestimmung der Strafen für die einzelnen Verbrechen nicht viel mehr als die bloßen Namen der Strafen kennen gelernt und daher auch dieselben nicht nach ihrer verschiednen Geltung genau würdigen konnte, als auch bei der Abmessung der verwirkten Strafe im einzelnen Falle die Strafen, unter denen der Richter wählen kann, letzterm nach ihrer innern Verschiedenheit nicht genügend bekannt sind. Der Verf. glaubt auch, daß der wesentliche Unterschied, durch welchen die Zuchthausstrafe im Verhältniß zur Strafe des Arbeitshauses als schwerere Strafe charakterisirt werden soll, in der Hauptsache gar nicht vorhanden ist. Die Arbeiten, zu welchen die Detinirten in den verschiednen Strafanstalten angehalten werden, sind mehr oder weniger dieselben; sie sind theils sehr leicht (wie insbesondre z. B. das Fertigen von Cigarren), theils schwerer Art. Davon, ob ein Sträfling im Arbeits- oder ob er im Zuchthause detinirt wird, hängt in der Regel die Verschiedenheit der Arbeiten, die er zu verrichten hat, gar nicht ab. In der Regel sind sie, wie gedacht, in beiden Anstalten dieselben, und die Bestimmung, ob ein Sträfling diese oder jene Arbeit zu verrichten hat, hängt nicht davon ab, ob er im Zuchthause oder Arbeitshause detinirt wird, sondern von andern Rücksichtsnahmen. Auch wird mancher Detinirte, welcher in dem Arbeitshause seine Strafe verbüßt, schon um deswillen eine schwerere Arbeit zu verrichten haben, als mancher Sträfling im Zuchthause, weil jener vielleicht viel robuster ist, als dieser, wenn schon ein umgekehrtes Verhältniß im Verhältniß der Kraft ihrer moralischen Empfindungen und Gesittung vorhanden ist. Es würde übri-

gens auch eine nicht zu rechtfertigende Härte seyn, wenn z. B. von einem Züchtlinge Arbeiten verrichtet werden sollten, bei denen voraussichtlich Zerstörung seiner Gesundheit zu erwarten wäre, blos weil er Zuchthaussträfling ist. Handwerker oder Personen, die sonst in Herstellung dieser oder jener Arbeiten eine besondre Geschicklichkeit sich erworben haben, werden in der Regel, ohne Unterschied der Strafanstalt, demgemäß beschäftigt werden und in Betreff der Art der Arbeit keinen Unterschied gegen die Zeit, in welcher sie für ihre eigene Rechnung arbeiteten und noch nicht in der Anstalt sich befanden, wahrnehmen. — In der Behandlung der Detinirten Seitens der Anstaltsbeamten kann auch dieser Unterschied nicht liegen. Der Sträfling des Zuchthauses, welcher sich in demselben gut aufführt, wird sich gewiß einer bessern Behandlung zu erfreuen haben, als der Sträfling des Arbeitshauses, welcher eines gleich guten Betragens sich nicht befleißigt. — Die Dauer der Arbeitszeit, die Beschränkungen in der Kost rc. werden auf den verhärteten Verbrecher, wenn sie nicht in übermäßige Strenge ausarten sollen, eben so wenig als überhaupt alle diese Aggravationen auf den weniger verstockten Verbrecher Eindruck machen, da letztern die Strafverbüßung an sich, die Thatsache derselben mehr als jene Erschwerungen afficiren werden [2]).

Das Publicum kennt noch weniger einen Unterschied zwischen diesen beiden Strafarten. Wenn bei irgend einer Gelegenheit darauf, daß Jemand wegen eines Verbrechens in Untersuchung sich befunden und mit schwerer Strafe belegt worden ist, Bezug genommen wird, so wird,

---

2) Daß in dem Arbeitshause — ohne Sonderung — zugleich Correctionärs detinirt werden, ist jedenfalls nicht passend, — soll aber hier nur angedeutet werden.

wenn nicht das Verbrechen genannt wird, dessen er sich schuldig gemacht hat, und es ein solches ist, welches als unbedingt entehrend anerkannt ist, im Allgemeinen gesagt werden: er ist auf dem Arbeitshause, auf dem Zuchthause, oder in Zwickau, in Waldheim (in ersterer Stadt ist das Arbeitshaus, in letzterer das Zuchthaus) gewesen. Der Verf. erinnert sich wiederholt, von gebildeten Laien gehört zu haben [3]), daß kein Unterschied zwischen beiden Strafarten gemacht werden könne und der, welcher eine Arbeitshausstrafe erlitten, ebenso und nicht minder entehrt sey, als der, welcher Zuchthausstrafe verbüßt habe, — und das weniger gebildete Publicum verwechselt in der Regel auch die Benennungen beider Strafarten und gebraucht promiscue und ohne Unterschied die Bezeichnung „Arbeitshaus" und (und dies ist noch häufiger, namentlich weil früher die Arbeitshausstrafe ganz unbekannt war und sie eben nur als eine an einem andern Orte zu verbüßende Zuchthausstrafe angesehen wird) „Zuchthaus" für beide Strafarten. — Hierzu kommt aber auch insbesondre, daß Verbrecher, welche bereits wegen eines schweren Verbrechens die schwerere Strafe des Zuchthauses erlitten, später nicht selten wegen eines geringern Verbrechens zu Arbeitshausstrafe verurtheilt werden. Wie soll nun bei den im Arbeitshause Detinirten sowohl als bei dem Publicum die Meinung Wurzel fassen, daß die Arbeitshausstrafe weniger entehre, als die Zuchthausstrafe?

Der einzige wesentliche Unterschied liegt in der verschiednen Geltung beider Strafarten in Betreff der Zeit.

---

3) Ja selbst das allgemeine Landesgefängniß, in welchem die über drei Monat ansteigenden Gefängnißstrafen zu verbüßen sind, wird nicht selten mit dem Zucht- und Arbeitshause verwechselt. Bei Frauen, welche zu einer längern Freiheitsstrafe verurtheilt werden, liegt die Ursache sehr nahe, — weil nämlich das Arbeitshaus für weibliche Sträflinge in demselben Gehöfte sich befindet, als das Landesgefängniß.

Art. 53. bestimmt: „Mehrere zusammentreffende zeitliche Freiheitsstrafen verschiedner Art werden nach folgendem Maßstabe in die schwerste derselben verwandelt, daß Ein Jahr Gefängniß Sechs Monaten Arbeitshaus, drei Monaten Zuchthaus zweiten Grades und zwei Monaten Zuchthaus ersten Grades gleich gerechnet wird." Nehmen wir also an: A wird in erster Instanz zu Einem Jahr Zuchthaus II. Grades verurtheilt. Es ist als eine Strafmilderung anzusehen, wenn diese Strafe in der zweiten Instanz auf Ein Jahr Sechs Monate Arbeitshaus herabgesetzt wird. Allein der Verbrecher sieht diese Milderung als eine Schärfung an. Dem Verf. sind mehrere Fälle bekannt geworden, in welchen die Verbrecher, als ihnen die Sentenz der zweiten Instanz publicirt wurde, verlangten: „es mag lieber beim ersten Urthel bleiben", oder in welchen sie auf die zweite Vertheidigung verzichteten, damit nicht auf eine gelindere Strafart, aber doch in längerer Dauer erkannt werde, als im ersten Erkenntnisse geschehen.

Hierzu kommt aber auch, daß während früher in Sachsen nicht auf schwere Freiheitsstrafen in der Dauer von wenigen Monaten erkannt wurde, jetzt sehr häufig auf Arbeitshausstrafe von zwei, drei ꝛc. Monaten, Zuchthausstrafe von Einem Jahre erkannt wird. Es liegt auf der Hand, daß eine Arbeitshausstrafe von zwei Monaten — auch abgesehen von dem Kostenpunkte — keinen reellen Nutzen gewähren kann und selbst für die Disciplin der Anstalt und ihre Hausordnung nachtheilig ist. Ehe noch der Verbrecher — man möchte sagen — völlig eingerichtet worden ist, wird er bereits wieder entlassen und in die bürgerliche Gesellschaft zurückgewiesen. Wenn der Sträfling den ersten Tag seiner Detention erkrankt, so kann es leicht kommen, daß er während seiner Strafzeit fortdauernd unter der aufmerksamsten Pflege und

Wartung — die er in seinen Privatverhältnissen außerhalb der Strafanstalt nicht gehabt haben würde — in dem Krankensaale sich befindet und, wenn er geheilt worden, auch seine Strafzeit abgelaufen ist und entlassen wird. Berücksichtigt man aber anderntheils, daß es für den größten Theil des Publicums genügt, wenn Jemand in einer Strafanstalt detinirt gewesen, um ihn als ehrlos und gefährlich zu verurtheilen, so liegt zugleich im Verhältniß zu dem Verbrechen, in Folge dessen der Inculpat zweimonatliche Arbeitshausstrafe verbüßte, ein große Härte für denselben. A wird wegen einer im Zorne ausgestoßenen Bedrohung seines Gegners, B wegen Veruntreuung von Elf Thalern zu dreimonatlichem Arbeitshause verurtheilt. Läßt es sich hier rechtfertigen, wenn A und B, so verschiedenartig auch ihre Verbrechen im Verhältniß zu einander sind, zu einer Strafe verurtheilt werden, wodurch sie auf die Dauer ihres Lebens oder doch vielleicht manches Jahrzehnts, obschon ihr Verbrechen ihr erstes und alleiniges war und blieb, bei dem Publicum entehrt werden? — Die Vereine für Besserung und Unterstützung der aus den Strafanstalten Entlassenen haben noch zu sehr mit der Abneigung des Publicums, solche Leute in Dienste zu nehmen und sie zu beschäftigen, so wie mit den jetzigen Zeitverhältnissen zu kämpfen, da es eine Menge ehrlicher Arbeiter giebt, welchen, wenn man sie nicht ebenfalls zu Verletzungen fremden Eigenthums behufs ihrer und ihrer Familien Erhaltung nöthigen will, die Arbeit nicht entziehen kann, um sie Leuten zu übertragen, welche den unbefleckten Ruf der Ehrlichkeit rc. nicht haben. Jene Abneigung des Publicums, welche wenigstens jetzt noch sehr stark ist, trifft aber denjenigen, welcher drei Monate Arbeitshausstrafe erlitten, ebenso wie den, welcher ein Jahr dergleichen oder Zuchthausstrafe verbüßt hat. Manche der Verbrecher, welche die-

sen Widerwillen kennen gelernt haben und denen entweder Mangel an Energie oder die zufälligen äußeren Verhältnisse an einem ehrlichen Gewerbe hindernd entgegentraten, betrachten es daher als eine fast unvermeidliche Folge der Strafe, daß sie zu neuen Eigenthumsverletzungen genöthigt und bald den Weg in die Strafanstalt wieder antreten werden. Für sie ist ebenfalls über dem Thore derselben in Rücksicht auf ihre Rückkehr zu einem ehrlichen Leben der Spruch des Dante: **Voi qui intrate, lasciate ogni speranza!** zu lesen. Wie viele Verbrecher endlich betrachten eine solche kurze Freiheitsstrafe, bei deren Verbüßung sie keinen besondern Entbehrungen und keiner harten Behandlung unterworfen sind, keineswegs als ein Uebel, das sie von der Verübung neuer Verbrechen abzuhalten im Stande sey. Wenn daher schon um deswillen, weil die Verbrecher bereits nach wenig Monaten Strafzeit sich selbst wieder überlassen sind, die Zahl der Rückfälligen gegen früher, wo solche kurze Freiheitsstrafen schwerer Gattung unbekannt waren, sehr im Zunehmen begriffen seyn muß, so liegt die Ursache der Vermehrung auch in den so eben angedeuteten Verhältnissen, deren Abänderung leider! wenig Hoffnung für sich hat.

Allein einige Schuld trägt — nach der Ansicht des Verfs. — auch der Umstand, daß die Richter häufig in Fällen genöthigt werden, auf Arbeitshausstrafe zu erkennen, in welchen die Schwere der That und die Verschuldung des Verbrechers keineswegs unbedingt die Zuerkennung einer schweren Freiheitsstrafe zu rechtfertigen vermag. Es haben dem Verf. wiederholt gebildete Laien in einzelnen Fällen ihre Verwunderung über die Härte der erkannten Strafe zu erkennen gegeben, zum Theil unter Vergleichung mit Strafurtheln in andern Fällen, und jene Fälle waren in der Regel solche, in denen dem Richter keine Wahl zwischen Arbeits- oder Zuchthaus einer- und einer gelin-

dern Strafart andrerseits gelassen worden ist. Wenn überhaupt die Strafrechtspflege ihre hauptsächlichste Unterstützung und die Bürgschaft ihrer Wirksamkeit in der Uebereinstimmung mit den Ansichten des gebildeten Publicums findet und die moralische Kraft derselben nothwendig von dieser Uebereinstimmung bedingt ist, so muß es auch ihrem Ansehen und dem der einschlagenden Gesetze schädlich seyn, wenn die öffentliche Stimme erlassenen Strafurtheilen ihre Billigung versagt.

Der Verf. hat hier vorzugsweise die Diebstahlsstrafen im Auge. So viel die Strafen des einfachen Diebstahls betrifft, welche zugleich die Strafen für die Veruntreuung und den Betrug, soweit diese Verbrechen nicht unter erschwerenden Umständen begangen wurden, sind, — so sind die Strafen dieser Verbrechen nach dem Betrage des Entwendeten abgestuft, dergestalt, daß wenn derselbe die Summe von zehn Thalern übersteigt, nothwendig auf Arbeitshaus erkannt werden muß. Diese Beschränkung des richterlichen Ermessens wird aber durch die tägliche Erfahrung nicht gerechtfertigt. Der Schaden, den der Bestohlne erlitt, kann nicht solchen Einfluß auf die Abmessung der Strafe äußern, daß von selbigem allein die Höhe und selbst die Art der Strafe abhängen könnte; — es ist die Höhe des Schadens häufig von der Größe der moralischen Verschuldung des Thäters völlig unabhängig. Wie häufig nimmt der Dieb, welcher, durch Noth gedrungen, um sich oder den Seinigen Brot zu schaffen, und durch gute Gelegenheit verführt, eine Sache entwendet, die erste und nächste, welche ihm zur Hand liegt, ohne weiter um den Werth sich zu kümmern, und würde auch, wenn er eine andre, aber geringere Sache erlangen können, mit dieser zufrieden gewesen seyn. Wenn auch der Werth der Sache den Betrag von Zehn Thalern übersteigt, werden sehr häufig die näheren Umstände

der That sowohl als die Motiven derselben und die Verhältnisse des Thäters dergestalt beschaffen seyn, daß eine schwere Freiheitsstrafe nicht als angemessen sich darstellt. A stiehlt ein Paquet Bücher, welches auf einem Wagen vor dem Hause liegt, — B einen Ring, der in einem offenstehenden Fenster liegt, — beide aus Noth und verführt durch gute Gelegenheit, beide unbekannt mit dem Werthe der entwendeten Gegenstände, und A insbesondre will die Bücher als Maculatur verkaufen. Diese Gegenstände sind mehr als 10 Thaler werth und es wird daher auf Arbeitshausstrafe erkannt, auf welche nicht erkannt worden wäre, wenn die Bücher [4]) 2c. nur 8 Thaler geschätzt worden wären. Berücksichtigen wir dabei den heutigen Geldwerth, so ist schon an sich die Summe von Zehn Thalern nicht als eine bedeutende anzusehen [5]), und die Differenz von 5—10 Thalern, innerhalb deren man dem Richter noch ein freies Ermessen in Betreff der Strafart

4) Es ist vielleicht ein kleines Paquet Bücher, aber seltne Werke, Kupferstiche 2c. in demselben.

5) Nach Württemberg. GB. Art. 322. tritt erst mit 25 Fl. Kreisgefängniß- und mit 100 Fl. Arbeitshausstrafe, nach dem Hannov. Art. 285. von 20 Thalern an alternativ Gefängniß bis zu 1jähriger Arbeitshausstrafe, und über 100 Thlr. unbedingt Arbeitshausstrafe ein, — noch strenger als das Sächs. GB. ist das Braunschweigische §. 216. 3. Das neue Dänische Gesetz vom 11. April 1840 über Bestrafung des Diebstahls, Betrugs 2c. §. 1. läßt auch dem Richter bei dem ersten einfachen Diebstahle freie Wahl zwischen Gefängniß und Strafarbeit. Der Ungarsche Entwurf §. 296. läßt Kerkerstrafe mit dem Diebstahle über 10 Thlr. eintreten (vgl. jedoch §. 20.). Strafarbeit 5ten Grades tritt nach Norw. GB. XIX. 1. bei Diebstählen über 5 Species ein. Nach Engl. Rechte (7 et 8. Geo. IV. c. 29. sect. 3.) wird der einfache Diebstahl, nach Gutbefinden des Gerichts, mit Transportation auf sieben Jahre oder mit Gefängniß nicht über zwei Jahre belegt. Auch der Code pénal nimmt keine Rücksicht auf den Werthsbetrag des Gestohlnen. Der Diebstahl ist nach Oesterr. GB. I. art. 152. erst Verbrechen, wenn er mehr als 25 Fl. beträgt, ebenso nach der Baier. Novelle von 1816. Art. 1.

gelassen, viel zu geringfügig. Und auf welche Weise wird der Werth der entwendeten Sachen ermittelt! In Sachsen ist (Art. 51. des CrGB.) bestimmt:

Bei allen Verbrechen, bei welchen die Größe der Strafe zugleich von der Größe des Werths einer Sache abhängt, ist, wenn es einer besondern Werthsbestimmung bedarf, bei dem Vorhandenseyn der Sache in unverändertem Zustande der Betrag nach dem gemeinen, der Sache beizulegenden Werthe Gerichtswegen, nöthigenfalls durch Sachverständige, im Fall aber die Sache nicht mehr oder nicht in unverändertem Zustande vorhanden, durch die Aussage des Eigenthümers oder desjenigen, dem die Sache anvertraut war, zu ermitteln, und es hat derselbe an Eidesstatt zu versichern, daß diese Schätzung seiner Ueberzeugung gemäß sey.

Wenn die Sachen in unverändertem Zustande wieder erlangt werden, so wird die vorgeschriebene Werthsermittelung wenig Bedenken haben [6]). Allein desto mehr Bedenken treten in den übrigen Fällen, in welchen die Schätzung durch den Bestohlnen bewirkt werden soll, hervor. Es ist sehr natürlich, und ohne daß man eine böslich Gesinnung des Damnificaten voraussetzen muß, die Erscheinung zu erklären, daß die Schätzungen der Damnificaten in der Regel höher sind, als die der Taxatoren. Es kommt diese doppelte Schätzung dann vor, wenn die Sachen erst im Laufe der Untersuchung und nachdem bereits

6) Es ist jedoch dem Verf. bekannt und vielfach versichert worden, daß insbesondre in kleinen Städten und auf dem Lande, woselbst Taxationen seltner vorkommen und diese häufig durch einen zugleich als Gerichtsbeisitzer und Taxator verpflichteten Copisten oder den Dorfrichter vorgenommen werden, die Taxen einzelner Gegenstände nicht selten sehr schwankend gegeben werden und daher es fast vom Zufalle oder der Ansprache des Gerichtsdirigenten abhängt, ob die Taxe mehrerer Gegenstände die Summe von 10 Thalern übersteigt oder nicht.

eine Schätzung Seitens der Verletzten bewirkt worden, wieder erlangt und nunmehr noch dem Taxator vorgelegt werden. Nehmen wir nun an, daß der Taxator diese Sachen, welche der Bestohlne auf 10 1/3 Thlr. geschätzt, auf zusammen 8 1/3 Thlr. schätzt. Wurden die Sachen nicht wieder erlangt, so mußte auf Arbeitshausstrafe erkannt werden, während nunmehr, wenn nicht besondre Erschwerungsgründe innerhalb des Strafmaßes mitwirken, nur auf eine mehrwöchentliche Gefängnißstrafe erkannt werden wird, obschon die subjective Verschuldung genau dieselbe geblieben ist [7].

Hierbei tritt auch die Unangemessenheit der Bestimmungen über den Ersatz vor [8]. Wenn der Verbrecher aus eignem freien Antriebe und ehe ein Einschreiten der Behörde gegen ihn Statt gefunden, den Verletzten durch Rückgabe oder Werthserstattung vollständig oder zum Theil entschädigt hat, so geht er im erstern Falle straflos aus, im letztern wird er nur nach Höhe des Nichtersetzten bestraft (Art. 65.). Auf das Motiv der Ersatzleistung kommt es nicht an, gleichviel ob Reue, Furcht vor der Strafe 2c. dieselbe herbeigeführt haben. Es wird sonach hier die Strafe hauptsächlich mit vom Zufalle abhängig gemacht und es ist dem criminalpolitischen Moment, dem Verletzten wo möglich wieder zu seinen Sachen zu verhelfen oder Schadensersatz zu gewähren und zu diesem Zwecke

---

7) Die Bestohlnen versichern häufig, daß sie keinen Werth mit Bestimmtheit anzugeben vermöchten, was auch bei Sachen, die sie bereits längere Zeit in Gebrauch hatten, als sie gestohlen wurden, sehr natürlich ist. Wenn sie nichtsdestoweniger einen Werth angeben, so kann man sich fast darauf verlassen, daß es der wahre Werth nicht ist und dieser mehr oder auch weniger beträgt, als ihre Taxe. Dennoch entscheidet hier eine ganz geringe Differenz über die Strafart.

8) Vgl. übrigens auch die, nächstens im 3ten Hefte II. Bd. der N. Jahrb. für Sächs. Strafrecht erscheinende Abhandlung des O. A. R. Dr. Held.

den Verbrecher möglichst geneigt zur Rückgabe oder Ersatzleistung zu machen, zu viel Einfluß eingeräumt worden. Der, welcher aus drückender Noth gestohlen und das Gestohlne zu seinem oder der Seinigen Lebensunterhalt verwendet hat, wird nicht im Stande seyn, diesen Ersatz zn leisten, während ein Andrer, der aus reiner Gewinnsucht den Diebstahl verübte, mit leichter Mühe, sobald er fürchtet, daß man ihn im Verdacht habe und er zur Untersuchung gezogen werden würde, den Ersatz bewirken kann. Ebenso in dem Falle, wenn der Bestohlne dem Diebe nicht bekannt ist, oder er an dem Orte, wo er den Diebstahl erlitt, nur vorübergehend sich aufhielt. Hier wird der Dieb den Ersatz beim besten Willen nicht leisten können, während der Verbrecher in andern Fällen, wo diese zufälligen Verhältnisse ihn nicht daran verhinderten, den Ersatz ohne Schwierigkeit bewirken kann. Es beträgt nun z. B. der Betrag des Entwendeten in jedem dieser Fälle 11 Thaler, — die, welche Ersatz leisten konnten, gehen straffrei aus, die übrigen werden zu einer Arbeitshausstrafe verurtheilt. Oder: A stiehlt eine Sache im Werthe von 14 Thalern, B ebenfalls. A, welcher den Diebstahl aus Noth verübt, später aber einigen Verdienst erhält, will das Entwendete ersetzen, hat jedoch zu diesem Zwecke nur 3 Thlr aufbringen können, die er dem Bestohlnen zustellen läßt, ehe er entdeckt und zur Untersuchung gezogen wird. B leistet, ohne irgend eine Anstrengung zu machen oder aus dem Beutel seines Freundes oder Verwandten, dem er sich entdeckt, ohne Weiteres 10 Thaler Ersatz. Hier wird, obgleich jedenfalls die Ersatzleistung des A viel höhern moralischen Werth hat, gegen A auf Arbeitshaus, gegen B auf eine geringfügige Gefängnißstrafe erkannt und somit ohne Rücksicht auf die näheren Umstände und Verhältnisse, unter denen der

Ersatz geleistet worden, nun auf das zufällige Moment der Ersatzleistung Rücksicht genommen.

Ebenso kann es der Verf. nicht billigen, daß die Unterschlagung mit den Diebstahlsstrafen belegt worden ist[9]), so daß wer Elf Thaler unterschlägt, der Arbeitshausstrafe nicht entgehen kann. Es ist ein schöner, aber im Leben sich nicht bewährender Satz, daß derjenige, dem eine Sache zur Aufbewahrung rc. anvertraut worden, viel ängstlicher um diese Sache besorgt seyn müsse, als um seine eigene und eine Verletzung des Seitens des Deponenten rc. bewiesenen Vertrauens viel schändlicher sey, als ein Diebstahl. Er bewährt sich im Leben nicht, weil einestheils die Verlockung zum Verbrechen hier viel näher liegt, als bei dem Diebstahle, und auch die Gelegenheit viel günstiger ist, anderntheils der Unterschlagende häufig die Sache — um so zu sagen — sich einstweilen nur leihen und sie nächstens wieder erstatten will[10]). A, in plötzlicher Geldnoth, greift die ihm anvertraute Sache an, versetzt sie und bewahrt sich durch den erlangten Pfandschilling vor einer ihn bedrohenden unangenehmen Verlegenheit. Angenommen nun auch[11]), daß eine

---

9) Das GB. von Rheinhessen Art. 382. läßt die Strafe der Unterschlagung um ein Viertheil der correspondirenden Diebstahlsstrafe mildern. Auch die frühere Sächs. Praxis bestrafte die Unterschlagung viel gelinder, als den Diebstahl.

10) Es ist bekannt, daß ebendeßhalb, weil die charakteristischen Merkmale des Diebstahls bei der Veruntrauung fehlen, vielmehr solche in der Regel mehr dem Betruge sich nähert, sie auch im Systeme zu letzterm häufig gestellt worden. Vgl. Allg. Preuß. L. R. II. Tit. 20. §. 1354. 1373. Code pénal (abus de confiance) Art. 406 sq.

11) Bei der weiten und unbestimmten Fassung des Art. 242, wonach „die rechtswidrige Aneignung der Sache" als das strafbare Moment der Unterschlagung bezeichnet wird, läuft man ohnedeis noch Gefahr, jede privatrechtlich unbefugte Zueignung des Anvertrauten ohne weitere Rücksicht auf die Absicht der Zueignung für Unterschlagung erklären zu müssen. Das

solche — man möchte sagen — einstweilige Unterschlagung als criminell strafbar sich nicht darstellt, wenn der Depositar ꝛc. die gegründete und sichere Hoffnung hatte, die Sache zu der Zeit, wo er sie wieder abzuliefern verbunden war, wieder schaffen oder vollen Ersatz leisten zu können [12]), so begegnen wir doch sehr häufig Fällen, in welchen dem Depositar eine solche gegründete Hoffnung nicht zur Seite stand, dennoch aber die Verschuldung des Depositars ꝛc. eine viel geringere ist, als caeteris paribus die eines Diebes, der eine gleich hohe Summe entwendete. Die Verlockung ist viel größer. A, in großer Noth und in Sorge um das tägliche Brot für sich und seine Familie zu gewinnen, würde gewiß, auch wenn er das Elend seiner Familie immer mehr wachsen sehe und seine Kinder bisweilen Abends hungrig in das Bette schicken müßte, sich nicht vergessen, bei seinem Nachbar eine Sache, und wenn es auch nur Victualien zum unmittelbaren Genusse für seine Familie wären, zu entwenden. Allein sein Freund B, welcher auf Reisen gegangen, hat ihm bei seiner Abreise 12 Thlr. oder eine Sache von diesem Werthe zur Aufbewahrung gegeben, — A soll mit den Seinigen neben dem vollen Geldbeutel hungern, frieren

---

Wort „Aneignen" bedeutet ebenso wie beim Diebstahl (Art. 223.) den animus rem sibi habendi, (Untersuchung praktisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des im Königreiche Sachsen geltenden Rechts, von dem Verf. und Dr. Heyne S. 166 fg.), und dieser ist in sehr vielen Fällen unbefugter Aneignung einer fremden anvertrauten Sache vorhanden, ohne daß man selbige als strafbare Unterschlagung ansehen kann (insbesondre bei anvertrautem Gelde). (Vgl. auch Dr. Heyne „Depositum irreg. und Veruntr." in den N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. II. Hft. 2.)

12) Der Verf. hat bereits in s. Kritik des Preuß. Entwurfs S. 154 fg. zu zeigen gesucht, daß darauf, ob diese an sich gegründete Hoffnung täuschte oder nicht, bei Entscheidung der Frage, ob durch die Aneignung der fremden Sache eine Unterschlagung begangen worden oder nicht, nichts ankommen könne.

und das tiefste Elend durchkämpfen. Er könnte den Hunger stillen, Material zu neuen Arbeiten schaffen und hierdurch nicht nur sich und den Seinigen Unterhalt gewähren, sondern auch sein in Stocken gerathenes Geschäft wieder beleben und dadurch ermöglichen, daß er wieder durch eigene Thätigkeit seine Familie erhalte. **B** ist sein Freund, er wird ihn als seinen Schuldner annehmen und Nachsicht in der Bezahlung schenken; er greift das Depositum an und verwendet es zu den gedachten Zwecken; Hoffnung der baldigen Wiedererstattung hat er nicht. **B** kehrt zurück, **A** entdeckt sich ihm und **B** denuncirt ihn, — **A** wird hier zu derselben Strafe verurtheilt, wie ein Dieb, der aus Arbeitsscheu und ohne einen Milderungsgrund für sich geltend machen zu können, elf Thaler entwendet hat, — ja selbst, wenn **B** ihm verzeiht, ihm Gestundung ertheilt oder sogar ihm die Schuld erläßt, wird **A** nichtsdestoweniger, wenn die Behörde von dem Vorgange Kenntniß erhält, zur Untersuchung gezogen und zu einer schweren Freiheitsstrafe verurtheilt werden. Es fragt sich überhaupt gar sehr, ob es angemessen sey, daß die Unterschlagung unbedingt und ohne Unterschied ex officio untersucht wird. Es streift im bürgerlichen Leben die Unterschlagung oft so nahe an ein durch Herkommen oder allgemeine Ansichten nicht gemißbilligtes Verwenden fremder Gelder unter der civilrechtlichen Verbindlichkeit ihrer Erstattung [13]), daß häufig nur sehr unbedeutende Nebenumstände die Frage, ob eine strafbare Unterschlagung oder eine straflose Handlung vorliege, entscheiden [14]). Es

---

13) Nicht selten glauben diejenigen, welche wegen Unterschlagung prozessirt werden, gar nicht, daß sie durch die fragliche Zueignung einer strafbaren Handlung sich schuldig gemacht haben, ohne daß man grade sagen kann, daß ein solcher Glaube völlig ungerechtfertigt sey.

14) Dem Anerkenntnisse der Wahrheit, daß dergleichen rechtswidrige Zueignungen nicht unbedingt als Veruntrauungen an-

zeigt sich diese Frage insbesondre nicht selten bei Eigenmächtigkeiten von Commissionären, Trödlern, Handlungsreisenden ꝛc. in Betreff der Verwendung von übergeben erhaltenen Gegenständen des Geschäftsherrn ꝛc. oder für ihn eincassirten Geldern. Der Geschäftsherr ꝛc. ist sehr gern bereit, den Commissionär ꝛc. als seinen Schuldner anzunehmen, und weit entfernt, in der Handlung desselben eine strafbare Unterschlagung zu erblicken und seine Bestrafung für wünschenswerth anzusehen. — Wie nahe liegen ferner häufig Selbsthülfe und Veruntrauung neben einander! — Diese Erscheinungen sprechen einestheils dafür, die Strafe der Veruntrauung nicht unbedingt nach dem Höhebetrage des Unterschlagnen in der zeitherigen Maße zu bestimmen, vielmehr das richterliche Ermessen freizugeben, anderntheils in gewissen, näher zu bestimmenden Fällen die Einleitung der Untersuchung von der Anzeige des Verletzten [15]) abhängen zu lassen, jedenfalls aber dafür, die Strafen der Unterschlagung nicht unbedingt denen des Diebstahls gleichzustellen.

Ebenso tritt auch bei der Erpressung (Art. 166. 2.), welche, wenn sie „durch Bedrohung mit Klagen, Denunciationen, künftigen Mißhandlungen oder andern Nachtheilen [16])" verübt worden, ebenfalls „nach dem

---

zusehen, ist es auch zuzuschreiben, wenn man das neue Verbrechen der Untreue geschaffen hat, um jene Fälle unter letzteres zu subsumiren und mit gelinderer Strafe zu belegen.

15) Die Unterschlagung gehört wohl insbesondre mit zu den Verbrechen, bei denen häufig das gemeine Wohl nur indirect gefährdet und das Interesse des Beleidigten vorzugsweise berührt wird, sonach aber auch - nach den jetzigen Ansichten über die Frage, in wieweit die Einleitung der Untersuchung von dem Antrage des Verletzten abhängig zu machen sey, — eine Beschränkung des Verfahrens von Amts wegen zu wünschen ist.

16) Es ist dieser Ausdruck zu allgemein. Das Baierische GB. Art. 242. (jedoch in einem mildern Falle, als der eigent-

Verhältnisse des erlangten oder beabsichtigten Vortheils" mit den Diebstahlsstrafen belegt wird, häufig in Folge dieser Bestimmung ein großes Mißverhältniß zwischen Verschuldung und Strafe ein [17]), und letztere steht häufig mit den allgemeinen Ansichten über die Strafbarkeit der That in Widerspruch. Es soll hierbei nicht einmal darauf zurückgegangen werden, daß man häufig unter dem rechtswidrigen Vortheile nicht blos einen pecuniären [18]), sondern jedweden verstanden und daher z. B. auch den, welcher den Andern durch Drohungen zur Zurücknahme einer (gegründeten) Injurienklage bewegen will, wegen Erpressung gestraft hat, — eine Ansicht, deren Unrichtigkeit, abgesehen von allen übrigen, auch gemeinrechtlichen Gründen, schon durch die Verweisung auf die Diebstahlsstrafen nachgewiesen wird. Allein die Praxis in Sachsen hat auch jedenfalls darin das Verbrechen der Erpressung zu weit aufgefaßt, daß sie nicht selten eine Erpressung selbst bei solchen Drohungen angenommen, welche ihrem Inhalte nach oder in Rücksicht auf den Urheber derselben in der That bei keinem vir constans von irgend einem Einflusse auf seine Willensbestimmung [19]) seyn können [20]). Der Erfolg hat es auch

---

lichen Erpressung Art. 241.), spricht von „andern dergleichen beängstigenden Zudringlichkeiten." (Hannover. GB. Art. 335.) Dergleichen unbestimmte Ausdrücke geben gewöhnlich Anlaß zu Controversen und Umgehungen des Gesetzes, oder zu übermäßiger Härte.

17) Wie nahe grenzt nicht oft die Röthigung an die Erpressung. Bei jener, welche überdies nur auf Anzeige untersucht wird, ist das Maximum sechs Monate Gefängniß, — bei dieser sechs Jahre Arbeitshaus. — Ueber den Unterschied zwischen Erpressung und Röthigung nach K. Sächs. Rechte vgl. die Abh. des Verfs. „Zur Lehre vom Raube und den verwandten Verbrechen" in den Jahrb. f. sächs. Strafrecht S. 217 fgg.

18) Vgl. die angez. Abh. des Verfs. S. 224.

19) Auch bei der Erpressung muß ein metus justus obgewaltet haben. Vgl. die angezogene Abhandlung des Verfs. S. 225.

20) Das Württemb. GB. droht zwar unbedingt Arbeitshausstrafe an, läßt aber ausdrücklich in mildern Fällen Kreis-

häufig in solchen Fällen gelehrt, daß der, von welchem die Drohung ausging, kein Vertrauen zu einem günstigen Resultate derselben hatte und der Bedrohte die Drohung verlachte. Nichtsdestoweniger hat man auch bisweilen in solchen Fällen versuchte Erpressung angenommen und z. B. wenn der Betrag, der gefordert wurde, auf Zwanzig Thaler sich belief, auf mehrmonatliche Arbeitshausstrafe erkannt. Es ist auch bekannt, daß in dergleichen Fällen die Leute häufig eine viel höhere Summe fordern, als auf welche ihre Absicht gerichtet war, weil sie wissen, daß, wenn sie etwas überhaupt hierauf erhalten, sie nur die Hälfte ꝛc. des Geforderten erlangen werden; sie schlagen gleichsam vor, um mit sich handeln lassen zu können.

Tritt schon in solchen Fällen die Unzweckmäßigkeit der Beschränkung des richterlichen Ermessens bei der Strafe der Erpressung hervor, so zeigt sie sich noch viel mehr in den Fällen, in welchen es sich um die Drohung mit Denunciationen wegen eines auf Anzeige zu untersuchenden Verbrechens des Bedrohten handelt [21]). Es soll hier nicht dergleichen Erpressungen das Wort geredet werden, — sie sind nicht selten das Werk der schändlichsten Habgier und des niederträchtigsten Handels mit der Ehre und sittlichen Existenz einer Familie oder einzelner Mitglieder derselben, und haben oft den Frieden, das Glück und die Ruhe

---

gefängnißstrafe zu; allein die Erpressungen von wenig Thalern werden auch mit letzterer Strafe zu hart geahndet. Vgl. auch GB. von Hannover Art 335. 2. — Das GB. von Rheinhessen droht als poena ord. auch Correctionshausstrafe an, läßt aber dem Richter nach, in mildern Fällen auf Gefängnißstrafe nicht unter Zehn Tagen zu erkennen.

21) Es wird wohl von der Gesetzgebung der Umstand, daß der frühere Gesichtspunkt, von welchem man die Erpressung zu beurtheilen hatte, durch die Ausdehnung der Zahl der auf Anzeige zu untersuchenden Verbrechen (da früher mit höchst unbedeutenden Ausnahmen stets ex officio verfahren wurde) zum Theil alterirt worden, nicht genug berücksichtigt.

eines Menschen für seine ganze Lebensdauer zu untergraben vermocht. A erpreßt von dem B, den er mit seiner, A's, Ehefrau im Ehebruche getroffen, nach und nach während einer langen Reihe von Jahren bedeutende Summen durch die Drohung, diesen Fehltritt zur Kenntniß der Ehegattin des B zu bringen, und so wird jener einzige Fehltritt für den B der Dämon seines Lebens, der, ganz abgesehen von den bedeutenden, ihm gebrachten Geldopfern seinen Frieden vergiftet, ihn in steter Sorge und Unruhe erhält und in eine elende Abhängigkeit von dem A versetzt, der durch den Fehltritt seiner Ehefrau die Subsistenzmittel für sich erwirbt [22]).

Allein die Fälle können auch — und dies ist noch häufiger — bei den auf Anzeige zu untersuchenden Verbrechen so geeignet seyn, daß die feine Grenzlinie zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit kaum zu entdecken ist. In diesen Fällen scheint es unpassend zu seyn, unbedingt, dafern der erlangte Vermögensvortheil mehr als 10 Thaler beträgt, Arbeitshausstrafe anzudrohen. Daß der Verletzte über die Aufgabe seines Klagerechts mit dem Verletzer einen Vertrag abschließen kann, durch welchen ersterm von letzterm für diese Aufgabe Vermögensvortheile zugesichert werden, ohne hierdurch einer strafbaren Handlung sich schuldig zu machen [23]), kann nicht geläugnet werden. A — der Ehemann der adultera — kommt mit dem adulter B überein, daß letzterer ihm

---

22) Es sind dem Verf. Fälle vorgekommen, in welchen der dringendste Verdacht vorlag, daß der Ehemann der adultera mit dieser selbst den Plan verabredet, daß letztere den adulter anlocken, ihn zum Beischlafe verführen und ihr Ehemann auf ein gegebenes Zeichen herbeikommen solle, um ihn zu überraschen und hierdurch ein Mittel, von demselben bedeutende Summen zu erpressen, zu erhalten.

23) Die Frage, ob ein solcher Vertrag civilrechtlich giltig sey, gehört nicht hierher.

20 Thlr. bezahle und ersterer dagegen auf sein Klagerecht verzichte. Wenn hier B selbst dem A die Proposition machte, gegen Empfang dieser Summe auf das Denunciationsrecht zu verzichten, und A diesen Vorschlag annahm, so ist in diesem Vergleiche keine strafbare Handlung zu finden. Verändern wir nur ein wenig die Präliminarien dieses Vergleichs und nehmen wir an, daß A dem B die gedachte Proposition mit der Bemerkung macht, daß er außerdem ihn, den B, denunciren werde, so ist die strafbare Erpressung fertig. Es kann sehr leicht der Fall seyn, daß B, von dem Charakter und den Verhältnissen des A unterrichtet, gleich Anfangs die Absicht hatte, dem A zu seiner Satisfaction eine Summe Geldes anzubieten und nur nicht zuerst den Vorschlag dazu machen wollte, um nicht hierdurch und durch die gezeigte Bereitwilligkeit, ein Geldopfer nicht zu scheuen, dem A zu übertriebnen Forderungen Veranlassung zu geben; es kam ihm daher die Forderung des A nicht nur nicht unerwartet, sondern entsprach vielmehr seinen Wünschen vollkommen. Allein, weil er bei Eröffnung des Gesprächs mit A nicht diesem sofort die Proposition machte, sondern dessen Vorschlag erwartete und A demselben die obige Drohung [24]) beifügte, um den B zu Bewilligung der geforderten

24) Man wende nicht ein, daß hier es nicht die Drohung gewesen, durch welche B zu Bewilligung der Entschädigung vermocht worden. A beabsichtigte jedenfalls diesen Effect, und B würde sich überhaupt nicht zu der Entschädigung verstanden haben, wenn er nicht befürchtet, daß ihm A außerdem denunciren würde, worin ihn diese Drohung noch bestärkt. — Oder: nehmen wir an, daß A mit dem C über den Vorfall spricht und dabei seinen Entschluß äußert, daß er den B denunciren werde, wenn dieser ihm keine Geld-Entschädigung anbiete. C — ohne diesfalls etwa einen Auftrag von A erhalten zu haben — theilt diese Aeußerung des A dem B mit, worauf nunmehr erst B sich entschließt, mit dem A in Verhandlung zu treten und resp. demselben Vergleichsofferten zu machen.

Summe zu bewegen, wird A wegen Erpressung prozessirt und zu mindestens Einjähriger Arbeitshausstrafe verurtheilt. Daß hier auch eine geringe Gefängnißstrafe auszeichnend gewesen, bedarf wohl nicht der Erinnerung.

Es kommt hinzu, daß es sehr häufig keiner besondern Erklärung des Verletzten bedarf, um dem Verletzer die Ueberzeugung zu gewähren, daß er jedenfalls von dem Verletzten denuncirt werden würde, wenn er sich nicht zu einer Geldentschädigung bequemen wolle. Es sprechen oft die Verhältnisse und mannichfache äußere Umstände mehr als ausdrückliche Erklärungen und Drohungen, daß der Verletzte (vielleicht ein habsüchtiger Mensch, der schon früher einmal in gleichem Falle auf sein Klagerecht in Folge erhaltener Geldentschädigung verzichtet hatte) sein Strafrecht aufgeben werde, wenn er dafür eine Summe Geldes erhalte. In diesen Fällen ist oft der Verletzer in größerer und gerechterer Furcht vor einer Denunciation des Verletzten, als in manchen andern Fällen, in welchen ihn die ausdrückliche Bedrohung des Letztern zu Bewilligung einer Geldentschädigung vermochte. Wenn übrigens in solchen Fällen der Verletzte mit der angebotenen Entschädigung nicht zufrieden seyn und eine höhere unter der mehrgedachten Drohung verlangen sollte, so würde — streng genommen — nur der von dem Verletzten geforderte Mehrbetrag die Norm zur Bestimmung der Strafe geben, was zu seltsamen Consequenzen und Inconvenienzen führen wird. Ließe man aber auch hier das richterliche Ermessen in Betreff der Strafart unbeschränkt, so würden sie sehr leicht vermieden und eine der Verschuldung im einzelnen Falle angemessene Strafe leichter erzielt werden können, als hier, woselbst der Betrag des erlangten Vortheils die hauptsächlichste Rücksicht der Strafbestimmung bildet. Es ist diesem Moment hier um so weniger der hauptsächlichste Einfluß zuzugestehen, als das Wesentliche

der Erpressung nicht in dem Vermögensschaden des Andern, als in dem ihm angethanen Zwange [25]), dessen moralische Schlechtigkeit nicht pari passu mit dem Betrage des Schadens steigt, zu finden ist. Der Schadensbetrag ist ein mitwirkender Strafabmessungsgrund, — aber nicht der entscheidende.

Endlich muß auch bei den auf Anzeige zu untersuchenden Verbrechen berücksichtigt werden, daß nicht selten der Verletzte eben deshalb, weil die Erhebung der Denunciation lediglich in seine Willkür gestellt worden, diese auch als ein Recht, in Betreff dessen er unbedingt zur Verhandlung mit dem Verletzer wegen Verzichts auf selbiges berechtigt ist, angesehen wird, und es ist dem Verf. häufig der Fall vorgekommen, daß Leute — namentlich im Bauernstande — in solchen Vergleichen, auch wenn sie in Folge von Drohungen mit Denunciationen zu Stande kamen, nichts Strafbares oder selbst Unmoralisches erblickten und beide Contrahenten mit dieser Art und Weise der Ausgleichung ihrer Differenz sehr wohl zufrieden waren, bis die Sache durch irgend einen Zufall oder auch in Folge späterer Zänkereien [26]) zur Kenntniß der Criminalbehörde

25) So z. B. eine gemeine Dirne bedroht den X mit einer Alimentationsklage, dafern er ihr nicht eine bestimmte, vielleicht sehr beträchtliche Summe gewähre. X setzt seine Ehefrau davon in Kenntniß und diese hat gegen die Treue ihres Mannes keinen Zweifel, — eben so wenig fürchtet er, an seinem öffentlichen Rufe durch die Klage einer solchen Person Schaden zu leiden. Es ist hier, dafern X der Dirne nichts giebt, in Bezug auf deren Strafwürdigkeit ziemlich gleichgiltig, ob sie 10 oder 20 Thlr. gefordert, und doch wird in ersterm Falle auf Gefängniß, in letzterm Falle auf Arbeitshaus erkannt werden. Nehmen wir aber an, daß X, um ihren Quälereien ein Ende zu machen, ihr 5 Thlr. geschenkt, so liegt hier wegen dieser 5 Thlr keine Erpressung vor, sondern sie wird nur wegen versuchter Erpressung nach Höhe von resp. 10 oder 20 Thlr. gestraft werden, obgleich sie wohl vermuthete, mehr als 5 Thlr. nicht zu erhalten.

26) Bisweilen weigerte sich später der Verletzer aus rein zufälligen Gründen die Entschädigung zu zahlen und der Verletzte

gelangte und diese nun die lang vergessene, abgethane Sache zur Untersuchung zog, in deren Folge der Empfänger der Entschädigung zu einer schweren Freiheitsstrafe verurtheilt wurde.

Am Auffallendsten zeigt sich jedoch häufig das Mißverhältniß der Strafe und der Verschuldung in Rücksicht auf die im Gesetze absolut angedrohte schwere Freiheitsstrafe bei den nach Art. 230. 233. des CrGB. qualificirten Diebstählen.

Wenn durch die Controversen des gemeinen Rechts in Betreff der Auslegung des Art. 159. der P. G. O. bereits eine große Verschiedenheit bei Bestrafung der unter erschwerenden Umständen verübten Diebstähle herbeigeführt wurde, so haben die neuen Gesetzgebungen in diesem Punkte die Controversen vermehrt und Bestimmungen getroffen, deren Härte im Verhältniß zu der zeitherigen Praxis und den manchen andern und schwerern Verbrechen gedrohten Strafen auffallend ist. Die Sächsische Praxis erkannte nur den gewaffneten Diebstahl als ausgezeichnet an, nicht auch den durch Einsteigen und Einbrechen verübten. Jetzt ist die Zahl der ausgezeichneten sehr vermehrt und insbesondre in dem Art. 230. eine reiche Fundgrube von Controversen eröffnet worden. Auch in den übrigen neuen Gesetzbüchern und Entwürfen ist grade bei dem ausgezeichneten Diebstahle eine solche Casuistik be-

---

beschwerte sich arglos bei andern Personen über diesen Vertragsbruch, worauf nunmehr erst der Verletzer behauptet, daß er lediglich durch die Bedrohung mit Denunciation zu Eingehung des Vergleichs bewogen worden. — Oft waren es spätere, von dem früheren Vorfalle unabhängige Differenzen zwischen den Contrahenten, in Folge deren der frühere Verletzer diesen Vergleich benutzte, um den Andern in eine Criminaluntersuchung zu verwickeln und hierdurch seinem Grolle wider ihn Befriedigung zu verschaffen. In solchen Fällen wird nun, wenn der Verletzte in der That jene Drohung gebraucht hatte und das Schweigegeld über 10 Thlr. betrug, gegen ihn auf Arbeitshausstrafe zu erkennen seyn.

liebt worden, daß nothwendigerweise eine Schaar von Controversen aus derselben emporwuchs. Wie sehr hat man bereis nicht nur in Sachsen, sondern auch in andern Ländern darüber, was unter einem verschlossenen Behältnisse, was unter Erbrechen, unter Einschleichen zu verstehen sey, gestritten! Die Frage, was unter falschen Schlüsseln zu verstehen sey und wenn angenommen werden könne, daß der Dieb den ächten Schlüssel durch List oder heimlich an sich gebracht, hat die verschiedensten Beantwortungen erfahren. Man ist vorzugsweise hier bemüht gewesen, alle möglichen Fälle und erschwerenden Umstände, unter denen ein Diebstahl begangen werden kann, zu erschöpfen — wobei insbesondre in den Ständeversammlungen ein bemerkenswerthes Streben, die Strafen dieser s. g. ausgezeichneten Diebstähle möglichst hoch zu stellen, sich zeigte — und hat durch diese Casuistik das richterliche Ermessen, das grade hier bei der großen Verschiedenheit der hierher gehörigen Fälle möglichst freigegeben werden sollte, auf eine bedenkliche Weise beschränkt. Es wird sich dieses in den Ländern, in welchen wie z. B. in Hannover [27]) zum Theil dem Richter die Ermächtigung gegeben worden, bei Entwendungen von geringerm Werthe, wenn die beschwerenden Umstände nur in besonders geringem Grade vorhanden sind, auf Gefängnißstrafe herabzugehen, weniger fühlbar machen, als in denen, in welchen die Gesetzgebung unbedingt auf den ausgezeichneten Diebstahl eine schwere Freiheitsstrafe gesetzt hat. Dabei will man nicht einmal darauf besondern Werth legen, daß die Ansichten der Gesetzgebungen über die Momente, die einen ausgezeichneten Diebstahl charakterisiren sollen, sehr verschieden sind und einzelne Momente, welche die Verübung eines Diebstahls vorbereiten oder begleiten, bald

27) Art. 288. I. des GB. für Hannover, jedoch immer noch in sehr beschränkter Maße.

nur als erschwerende innerhalb des Strafmaßes, bald als Auszeichnungen erster oder zweiter Classe angesehen worden sind, so daß an eine Uebereinstimmung der Gesetzgebungen Deutschlands in diesem Punkte nicht sobald zu denken ist.

Der Verfasser will auf diese Punkte hier nicht weiter eingehen [28]), bei dem Sächsischen Gesetzbuche stehen bleiben und nachweisen, daß die unbedingte Androhung von Arbeitshausstrafe bei diesen Diebstählen nicht zu billigen ist.

Es wird in Sachsen angenommen, daß der Grad der Gewalt, welche bei Erbrechung eines verschlossenen Behältnisses angewendet wird, für den Begriff des ausgezeichneten Diebstahls ohne Einfluß sey. Derjenige, welcher den Deckel eines leichten Holzkästchens mit dem Finger aufdrückt und den innenliegenden, wenige Groschen werthen Gegenstand entwendet, wird mit Arbeitshaus bestraft, während, wenn er das Kästchen mit nach Hause nahm und es daselbst eröffnete, nur wenige Tage Gefängnißstrafe erhält. Man hat diesen Unterschied häufig damit rechtfertigen wollen, daß der Dieb im erstern Falle durch sein längeres Verweilen am Orte der That und die Erbrechung des Behältnisses an letzterm eine größere Frechheit beweise, als der Dieb im letztern Falle [29]). Allein, abgesehen davon, daß dieses ganze Argument nur auf die Fälle paßt, wenn die Erbrechung in der unmittelbaren Nähe von den Eigenthümern, insbesondre in bewohnten

28) M. vgl. übrigens Juristische Zeitung für Hannover 1842. S. 49 fgg. und insbesondre v. Hufnagel, Commentar zu dem Württemb. GB. II. 969 fgg.

29) Bekanntlich hat u. A. auch das Württemb. GB. Art. 330. die gewaltsame Eröffnung verschlossener Behältnisse nur dann für qualificirt erachtet, wenn die Entwendung derselben selbst für den Dieb nicht thunlich oder wenigstens mit Schwierigkeiten verbunden war.

Gebäuden geschieht, ist es auch nur dann richtig, wenn die Eröffnung des Behältnisses eine schwierige und Zeit erfordernde oder Lärm erregende war. Man hat bisweilen von dem Begriffe der Erbrechung die Fälle ausgeschlossen, in welchen keine Zerbrechung oder Trennung zusammenhängender Theile des betreffenden Verschlußmittels vorhanden, z. B. das Auswuchten von Thüren ohne Verletzung des Schlosses. Man hat aber auch das Zerschneiden eines Strohdaches und eines Strickes, mittels dessen die Emballage eines Gegenstandes festgehalten wurde [30]), als qualificirende Erbrechung angesehen, und man muß, wenn man überhaupt das Abschneiden, Ablösen oder Erbrechen der Befestigungs- und Verwahrungsmittel [31]) hierher rechnen will, consequenterweise auch das Aufschneiden eines versiegelten Briefs, um das in selbigem befindliche Geld zu entwenden, als qualificirt ansehen. Mit der bisweilen versuchten Aushilfe, die Entscheidung darauf zu setzen, als ob das Verschlußmittel in der Absicht angewendet worden, um die verschlossenen Sachen ꝛc. zu sichern, oder nicht [32]), kommt man nicht durch [33]), ganz

---

30) Nehmen wir an, daß der Strick die einzelnen Gegenstände unmittelbar und ohne dazwischen befindliche Emballage fest- oder zusammenhalten soll, so ist kein ausgezeichneter Diebstahl vorhanden. Z. B. ein Dieb schneidet den Strick, mit welchem ein Papierballen zusammengebunden ist, entzwei und entwendet Papier von dem Ballen. Allein der Ballen enthält Kleiderstoffe, welche noch in einer Emballage sich befinden. Wenn der Dieb hier nicht die letztere, sondern erstere stiehlt, soll der Diebstahl ein ausgezeichneter seyn?

31) S. Preuß. Entwurf §. 407. 4.

32) Z. B. sogenannte Fliegenfenster (Fenster von Zeuch, um die Luft in das Zimmer zwar einströmen zu lassen, aber die Fliegen ꝛc. abzuhalten) würden nicht als solche Verschlußmittel anzusehen seyn.

33) Nimmt man aber gar keine Rücksicht darauf, so muß auch der Diebstahl von Fischen aus einem zugefrorenen Fischhälter, wenn der Dieb die Eisdecke zuvor zerstößt, als qualificirt angesehn werden.

ganz abgesehen davon, daß häufig dieses sich nicht mit Bestimmtheit erkennen lassen wird und die zufällige Bestimmung oder Absicht des Eigenthümers nicht dem damit unbekannten Diebe zum Präjudiz gereichen kann. Ist z. B. eine Geldkatze als ein verschlossenes Behältniß [34]) oder eine inwendig zugebundene Thüre als verschlossen [35]) anzusehen? Wie häufig dient die Verwahrung der Sache nur zu ihrer bessern Aufbewahrung, nicht auch zum Schutze gegen Diebe, da erstere viel zu gering und zu schwach ist, um auch nur einigen Widerstand zu leisten! —

Aehnliche Zweifel finden sich bei Erklärung des Worts „Diebesinstrument", unter welchem z. B. das O. A. G. zu Dresden jedes Instrument außer dem zum Behältniß bestimmten Schlüssel und selbst den eignen Finger des Diebes, wenn dieser mit selbigem ein verschlossenes Behältniß zu öffnen gewußt, versteht [36]); bei Auslegung des Worts „Wohngebäude" und des Begriffs „Einsteigen." [37]) Die Grenze zwischen einfachem und qualificirtem

---

34) Wie dann, wenn sie nur zugebunden ist und also geöffnet werden kann, ohne eines Schlüssels ꝛc. dazu zu bedürfen, den Dieb aber die Zeit erfordernde Aufknüpfung nicht vornehmen will, sondern rasch in die Geldkatze ein Loch schneidet und nunmehr das in ihr befindliche Geld entwendet? — Man kann nicht einmal hier sagen, daß der Dieb das Behältniß für verschlossen angesehen.

35) Vgl. v. Bothmer, Erörter. aus dem Hannov. Crim. R. I. Hft. 4. S. 314 fg.

36) Weiß, das Crim. GB. für das Königr. Sachsen III. S. 100.

37) Wenn der Dieb bei Nacht durch ein Loch in der Wand einer Scheune in selbige einkriecht, ohne dabei die zum Steigen nöthige Bewegung mit den Füßen zu machen, so ist der Diebstahl einfach. Ist das Loch aber so groß, daß er mit einem Beine hineinsteigt, um festen Fuß zu fassen, und mit den übrigen Theilen des Körpers sich nachzwängt, so ist der Diebstahl qualificirt. — Legt sich der Dieb bei Nacht über die Brüstung des offnen Fensters in ein Zimmer und langt einen Gegenstand heraus, so ist der Diebstahl einfach, — steigt er auch nur mit einem Beine hinein, so ist er ausgezeichnet.

Diebstahle ist oft sehr fein, bisweilen von rein willkürlichen Ansichten abhängig, — und doch der Unterschied der Strafe ein sehr bedeutender. Alle jene Versuche, die Qualificationen des Diebstahls auf allgemeine leitende Grundsätze zurückzuführen, geben in praxi nur zu neuen Zweifeln Anlaß.

A, welcher bei dem B lange Zeit gedient, weiß, daß der Schlüssel zur Scheune des B unter der Schwelle liegt, und öffnet mit selbigem die Scheune, —. C kann durch das offenstehende Fenster hineinlangen und die Thüre aufriegeln, aber, da, wie er weiß, dieser Riegel sehr schwach und untauglich ist und daher die Thüre sofort, wenn er sie scharf anzieht, aufspringen muß, öffnet er sie auf diese Weise, die ihm die bequemere ist. C würde im erstern Falle einen einfachen Diebstahl begangen haben, der nun als ausgezeichnet sich darstellt, A hat einen einfachen Diebstahl verübt. A hat Getreide im Werthe von 7—8 Thaler entwendet, C ein Brod im Werthe von 1/6 Thaler —, erstern trifft vielleicht eine Strafe von 8 Wochen Gefängniß, letztern von 2 — 3 Monaten Arbeitshaus. Recht grell tritt dieses Mißverhältniß bei den Victualiendiebstählen [38]) hervor.

A hat eine Flasche Wein durch Erbrechung eines verschlossenen Behältnisses [39]) entwendet und sofort getrun-

---

38) Die Bestimmung im Art. 238, wo Viktualiendiebstähle" als „Entwendungen von Eß- und Trinkwaaren, welche zu bloßer Befriedigung der Lüsternheit zum unmittelbaren Genuß begangen werden" bezeichnet sind, ist überhaupt nicht ganz zu billigen, was aber hier nicht weiter berührt werden soll. Sollte nicht z. B. derjenige, welcher in einen Kaufmannsladen tritt und aus dem offenstehenden Schnupftabacksfasse heimlich eine Prise nimmt oder eine Cigarre entwendet und beides sofort nach seinem Austritte aus dem Laden consumirt, dem, welcher Eßwaaren zum sofortigen Genusse stiehlt, gleichgestellt werden? —

39) Dieser außerdem qualificirende Umstand schließt nach Sächs. Recht den Begriff des Victualiendiebstahls nicht aus und würde

ken —, B hat auf gleiche Weise einige Aepfel entwendet, aber zwei Stück sich bis zum andern Morgen aufbewahrt und die übrigen sofort verzehrt. A wird — überdies nur auf Antrag des Verletzten — mit einer sehr mäßigen Gefängnißstrafe belegt, B ex officio zur Untersuchung gezogen und zu Arbeitshausstrafe verurtheilt. C hat auf gleiche Weise einige Erdbirnen aus Noth gestohlen, um sie den andern Tag als Mittagsbrod zu verzehren, — auch ihn trifft eine entehrende Strafe, weil er nicht aus bloßer Naschhaftigkeit gestohlen und die Kartoffeln erst zubereiten muß, sie nicht sofort verzehren kann. Die Lüsternheit oder Naschhaftigkeit kann auch nach der Entwendung bis zur Consumtion der Sache, die erst durch Zubereitung derselben möglich gemacht wird, fortdauern. Der Arme, welcher aus Noth und nicht zum sofortigen Genuß stiehlt oder die entwendeten Victualien den Seinigen überläßt, erleidet eine entehrende Strafe, während der Näscher bei einem höhern Betrage des Entwendeten mit einer gelinden Ahndung wegkommt.

Der Verf. erkennt nicht die Motive, welche dieser mildern Beurtheilung der Victualiendiebstähle zum Grunde liegen, allein einestheils glaubt er nur, daß die Beschränkung auf den sofortigen Genuß sich nicht unbedingt rechtfertigen läßt, anderntheils, daß diese Victualiendiebstähle oft so nahe den nichtprivilegirten Diebstählen liegen, daß die Verschuldung in beiden Fällen ziemlich gleich schwer oder vielmehr gering ist, während die Strafe bei beiden wesentlich verschieden ist, ohne daß dem Richter die Möglichkeit gegeben ist, diese Differenz im einzelnen Falle thunlichst auszugleichen. Es würde in den obigen Fällen für die Verschuldung des B eine ausreichende Strafe gewesen seyn, wenn er mit einer mehrwöchentlichen, vielleicht der

---

nur — caeteris paribus — als ein Erschwerungsgrund innerhalb des Strafmaßes anzusehen seyn.

doppelten Dauer der dem A zuerkannten Gefängnißstrafe belegt worden wäre. Nehmen wir an, daß B bei der Entwendung der Aepfel sie sämmtlich sofort zu verzehren beabsichtigte; jedoch als er sie entwendet und einen Theil derselben verzehrt, keinen Appetit mehr spürt oder bereits gesättigt ist oder überrascht wird und die übrigen verstecken muß. Soll er die Aepfel wieder hintragen und der Gefahr der Entdeckung sich preisgeben? Wenn er den Rest den andern Morgen verzehrt oder sofort verschenkt, soll er mit Arbeitshausstrafe belegt werden, während sein Genosse, der mehr Appetit verspürte oder ein stärkerer Esser ist oder nicht überrascht wurde und seinen Antheil sofort verzehrte, nur auf Antrag des Bestohlnen zur Untersuchung gezogen und zu einer mäßigen Gefängnißstrafe verurtheilt wird? [40]) — Man möchte dann sogar so weit gehen — und hat auch bisweilen dieses behauptet —, in dem Falle, wo der Dieb aus offenbarer Lüsternheit einen verzehrbaren Gegenstand entwendet, der aber an sich zu groß ist, um sofort und uno actu vollständig verzehrt werden zu können, ebenfalls den Begriff des Victualiendiebstahls (zuletzt consequenterweise nach dem Werthsbetrage dessen, was nicht sofort verzehrt worden ist) auszuschließen. A geht bei einem Branntweinladen vorüber, — eine Flasche Liqueur steht hinter dem verschlossenen Fenster, welche seine Lüsternheit reizt —, er schlägt das Fenster ein, holt die Flasche heraus und enteilt. Die ganze Quantität des gestohlnen Branntweins kann er nicht sofort verzehren, — er wirft die Flasche mit dem Reste, nachdem er einen Theil getrunken, weg. Er konnte unmöglich, als er die Flasche entwendete, auch ein Glas zuvor entwenden, aus der Flasche einschenken, diese wie-

40) Es ist etwas Anderes, wenn der Dieb ganze Vorräthe von Victualien behufs des eignen, nach und nach zu bewirkenden Genusses derselben stiehlt.

[illegible], das Glas leeren und nun auch dieses zurück- [illegible]. Das hätte er aber thun müssen, wenn man hier [illegible] Victualiendiebstahl annehmen will, dessen Begriff [illegible] schlechterdings auf die *sofortige* Verzehrung der [illegible] Quantität des Entwendeten beschränkt. **B** hat [illegible] gleicher Zeit auf dieselbe Weise eine Flasche Bier, eine Flasche Wein entwendet und sofort ausgetrunken. Den **A** trifft eine mehrmonatliche Arbeitshaus-, den **B** eine sehr mäßige Gefängnißstrafe. —

Ferner ist hier Art. 240. zu bemerken. Nach selbigem sollen „gegen Staatsdiener, Gemeindebeamte, Patrimonialgerichtsverwalter, Advocaten und Notare, Vormünder und überhaupt gegen alle Personen, welche zu dem Geschäfte, in Ansehung dessen sie sich einer Veruntrauung schuldig gemacht haben, von einer öffentlichen Behörde besonders verpflichtet worden sind" die Strafen des ausgezeichneten Diebstahls (Art. 230.) nach gleichem Verhältnisse eintreten. — Es ist also in diesen Fällen unbedingt auf Arbeitshausstrafe zu erkennen.

So strafwürdig auch in der Regel grade in diesen hier genannten Verhältnissen eine Unterschlagung sich darstellt und eine schwere Strafe derselben gerechtfertigt erscheint, so läßt doch die gewählte Straf*art* in ihrer unbedingten Androhung manchen Zweifel über die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung übrig. Die Fälle, welche man sich hier gewöhnlich vorstellt, sind allerdings sehr schwer, — Advocaten unterschlagen Mündelgelder, Staatsdiener verwenden, um übermäßigem Luxus in ihrer Familie fröhnen zu können, zu diesem Zwecke öffentliche, ihnen anvertraute Gelder, Gerichtsdirectoren unterschlagen Deposita und stürzen dadurch den Deponenten in Kummer und Sorge um seine nunmehr gefährdete Existenz. Allein es lassen sich auf der andern Seite eben so viel Fälle denken, in welchen die Verschuldung des Veruntrauenden

eine sehr geringe ist und zu ihrer Ahndung eine geringe Gefängnißstrafe vollkommen ausreicht. Z. B. ein (verpflichteter) Bauaufseher läßt einige Körbe Holzspäne, welche bei dem Zimmern der Balken gewonnen worden, in seine Wohnung schaffen und als Brennmaterial verwenden, oder gestattet die Wegschaffung derselben einer armen Familie; ein (verpflichteter) Waldaufseher liefert einiges, vom Winde umgebrochenes Holz von sehr geringem Werthe nicht ab und verwendet es in eignen Nutzen; ein (verpflichteter) Gartenaufseher unterschlägt einiges, herabgefallenes Obst von wenig Groschen Werth. In diesen und ähnlichen Fällen ist eine schwere, die Ehre und bürgerliche Existenz ziemlich vernichtende Freiheitsstrafe zu hart im Verhältnisse der verübten Unredlichkeit. Eine mäßige Gefängnißstrafe würde vollkommen ausreichen. Ob der Inculpat seiner Function zu entlassen sey, ist eine ganz andre Frage, und kann in einzelnen Fällen unbedingt nothwendig oder räthlich erscheinen, ohne daß deshalb auch eine so schwere, criminelle Ahndung der Pflichtwidrigkeit erforderlich ist. Bestechungen eines Beamten bei Besetzung von Aemtern werden in der Regel von beiden Theilen nur mit Geldstrafe gebüßt (Art. 318.), und überhaupt sind die in Kap. XIV. des Crim. GB. aufgeführten Verletzungen der Amtspflicht oft viel schwerer und ahndungswürdiger, als Unterschlagungen der obgedachten Art, ohne daß auch hier der Richter bei Abmessung der verwirkten Strafen im Stande wäre, ein entsprechendes Verhältniß in diesen Fällen zu bewirken. Der Umstand, daß der Beamte, der sich solcher Veruntrauungen in seinem Amte schuldig gemacht, zu letzterm verpflichtet ist, kann an sich die schwere Strafart noch nicht völlig rechtfertigen, weil auch bei den übrigen Verletzungen der Amtspflicht, bei denen diese Strafart nicht angedroht ist, dieses Moment vorhanden ist und, während man in neuerer Zeit mit Recht den

Eidesbruch an sich und ohne Hinzutritt aggravirender Momente nicht mit schweren Strafen belegt, bei dieser Verpflichtung des Beamten rc. nicht einmal eine eidliche Verpflichtung vorausgesetzt wird [41]).

Auch bei Art. 233. zeigen sich ähnliche Mißverhältnisse. Nach diesem Artikel soll ein auf der That betroffner Dieb, welcher sich seiner Festnehmung mit Gewalt oder lebensgefährlichen Drohungen widersetzt, mit mindestens dreimonatlicher Arbeitshausstrafe belegt werden. Allerdings könnte man hier unter „Gewalt" in Hinblick auf die „lebensgefährlichen Drohungen ebenfalls nicht jede unbedeutende Kraftäußerung des Diebes, mittels deren er sich seiner Festnehmung widersetzt, verstehen wollen. Allein es scheint fast dem Sprachgebrauche sowohl als insbesondre in Rücksicht auf die übrigen Bestimmungen des Gesetzbuchs, in welchen, wenn von gefährlicher Gewalt die Rede ist, diese Eigenschaft besonders hervorgehoben wird, als ob hier jede Gewalt, ohne Unterschied ihrer Stärke, ausreichend sey [42]), wofür sich auch die Praxis entschieden hat [43]). Ob es zweckmäßig gewesen, diesen Unterschied zwischen absoluter und psychologischer Gewalt zu machen, wie hiernach anzunehmen, ist eine andre Frage, die der Verf. sowohl in Hinblick auf die Natur der Verhältnisse als auch auf die ihm vorgekommenen Fälle, wo nur eine gelinde physische Gewalt von dem Diebe angewendet worden war, nicht bejahen kann. Unter Gewalt

---

41) Es sind jedoch hierüber die Ansichten der Sächs. Spruchbehörden getheilt. — Das OAG. setzt zu Anwendung dieses Artikels eidliche Verpflichtung des Officianten rc. voraus.

42) Weiß, das Crim. G. B. für das Königr. Sachsen III. S. 150 fg.

43) Man hat z. B. einen Stoß, den der Dieb dem ihn Angreifenden gegeben, oder als ersterer dem letztern ein an sich genommenes Werkzeug, das er ihm abgepfändet, wieder entrissen, als Gewalt angesehen.

ist aber positive Gewalt zu verstehen und bloßer (negativer) Widerstand nicht ausreichend, z. B. das Niederlegen auf die Erde, das Anklammern an einen Gegenstand. Wie nahe liegt hier oft offensiver und defensiver Widerstand [44]), und insbesondre wird bei dem Losreißen des Diebes es meist nur auf Zufälligkeiten und an sich unbedeutende Bewegungen des Diebes und des Anhaltenden ankommen, ob eine Gewalt in dem bemerkten Sinne vorliege oder nicht. Daß hier die Schuld des Diebes unbedingt eine so schwere sey, daß auf Arbeitshausstrafe zu erkennen sey, möchte der Verf. bezweifeln. Es ist der Wunsch, sich der drohenden Verhaftung zu entziehen, so menschlich, und ein diesfallsiger Versuch — man möchte sagen — gewiß oft so unwillkürlich, daß ein gelinder Widerstand gegen den Angreifenden nicht auf eine besonders weit vorgeschrittene Entartung des Verbrechers schließen läßt. Ein fortgesetzter Widerstand ebensowohl als die Anwendung bedeutender Gewalt läßt sich mit jedem ersten Aufwallen jener menschlichen Regung nicht mehr entschuldigen, wohl aber die sofortige und unbedeutende Retorsion des ersten Angriffs Seitens des Anhaltenden.

In allen diesen Fällen, die hier besprochen worden sind (Art. 223. 3. Art. 242. Art. 166. 2. Art. 230. Art. 233.), würde durch Freigebung des richterlichen Ermessens und Aufhebung der unbedingten Androhung der Arbeitshausstrafe manches der obigen Bedenken beseitigt, eine gründliche Remedur aber erst dann ermöglicht werden, wenn überhaupt die ganze Straf a r t in ihrer Stellung im Strafsysteme des Gesetzbuchs einer Revision unterworfen würde. Insbesondere müßte die Stellung derselben zur Zuchthausstrafe umgestaltet, das Minimum beider Strafarten erhöht und darauf Bedacht genommen werden, daß

---

44) Weiß, a. a. O. S. 149. Not. *.

der Verbrecher und das Publicum einen reellen Unterschied zwischen beiden Strafarten zu finden veranlaßt werden. Der Verf. meint, daß durch eine möglichst große Beschränkung der Zuchthausstrafe in Beziehung auf die Zahl der Verbrechen, bei welchen sie anzudrohen und durch Substituirung der Arbeitshausstrafe bei manchen Verbrechen, bei welchen jetzt unbedingt Zuchthausstrafe angedroht worden, so wie durch eine wenn auch mäßige Ausdehnung der Gefängnißstrafe bei Verbrechen, bei welchen jetzt unbedingt Arbeitshausstrafe angedroht worden, (ohne Erhöhung der Grenze von 3 Monaten nur die in den Gerichtsgefängnissen zu verbüßenden Strafen,) dieser Zweck eher erreicht und dadurch die Strafrechtspflege selbst günstigere Resultate ihrer Wirksamkeit erzielen würde. Die weitere Darlegung dieser seiner Ansicht [45]) behält sich der Verf. noch vor.

---

45) Es sind vorstehende Bemerkungen nur Andeutungen. Der Verf. glaubt aber, daß wenn seine Ansicht einem Strafsysteme im GB. untergelegt würde, die obigen und sonst hervorgehobenen Bedenken gegen das zeitherige Strafarten-System, insbesondre die doppelte schwere Freiheitsstrafe, beseitigt würden.

IV.

Das Geständniß eines Mitschuldigen — ein qualificirtes und in wie weit?

erläutert durch einen Rechtsfall

von

Heffter.

Nicht blos nach strenger gemeinrechtlicher Beweistheorie, sondern schon nach den natürlichen Regeln des historischen Beweises, mithin für jeden Richter, erwächst eine vorzügliche Schwierigkeit der Beurtheilung, wenn die Aussagen mehrerer Mitbeschuldigten über connexe Punkte unter sich verschieden sind, die eine Mehr als die andere enthält und es an sonstigen Beweisen über die erheblichen Thatsachen gebricht. Im Allgemeinen steht zwar die Lehre fest und muß auch als Grundlage der gegenwärtigen Erörterung festgehalten werden:

Erstens,

daß die Aussage eines Mitbeschuldigten nur in soweit ein eigentliches Geständniß darstellt, als sie Thatsachen einräumt, welche gegen ihn die Anklage und Anwendung eines Strafgesetzes begründen, wenn sich dabei sowohl die formellen Erfordernisse einer gültigen Aussage vor Gericht vorfinden, als auch kein materieller Zweifel gegen die Richtigkeit der Wahrnehmung sowie der nachherigen Mittheilung Platz greift.

Zweitens,

daß die Aussage eines Mitbeschuldigten, sogar eines geständigen, über Thatsachen, welche die Strafbarkeit eines andern Mitbeschuldigten betreffen, wesentlich nur als ein Zeugniß gegen denselben aufgefaßt werden muß, welchem bald größere bald geringere Glaubwürdigkeit beigemessen werden darf *).

Die Anwendung dieser Grundsätze ist einfach und ohne Schwierigkeit, wenn sich das eigentliche Geständniß und die Aussage gegen den Mitbeschuldigten auf verschiedene trennbare Anklagepunkte oder Thatsachen beziehen, so daß der Anklagebeweis wider den geständigen Mitbeschuldigten nicht von einer bestimmt erwiesenen Concurrenz des leugnenden und nicht überführten Mitbeschuldigten wesentlich abhängig ist. Hier kann man dem eigenen Geständniß vollen Glauben beimessen, wofern es nur sonst an den Erfordernissen eines vollgültigen Geständnisses nicht ermangelt, und sich insbesondere die Präsumtionen wider dasselbe, welche sich aus den Angaben des leugnenden Mitbeschuldigten entwickeln, auf andere Weise oder mit sonstigen Gründen beseitigen lassen. Dagegen muß unbestreitbar ein Rückschlag aus den Angaben des leugnenden Mitbeschuldigten auf das Geständniß des andern eintreten, wenn die Punkte, worauf sich die beiderseitigen Aussagen beziehen, auch für die beiderseitigen Anklagen und zur Begründung derselben von wesentlicher Erheblichkeit sind, wenn also namentlich die Anklage des geständigen Mitbeschuldigten eine unwahre seyn würde, falls die Aussage des andern Mitbeschuldigten wahr seyn sollte. Unmöglich kann in derselben Untersuchung etwas in Ansehung des einen Betheiligten

*) Man vergleiche darüber die peinl. H. G. O. Art. 31. nebst Art. 22. Martin Lehrb. des Crim. Prozesses §. 72 u. ff. Abegg Lehrbuch des Crim. Proz. S. 169. Mittermaier Lehre vom Beweise S. 328 ff.

wahr seyn, in Ansehung des andern nicht, ohne in den ärgsten Formalismus des juristischen Criminalbeweises zu verfallen, während dessen Ziel doch materielle Wahrheit ist.

Jener Rückschlag kann nun allerdings oft nur ein Zustand vorübergehenden Zweifels seyn, welcher sich aus andern Beweismaterialien der Untersuchung beseitigen läßt, so daß er gänzlich dahinschwindet und das Geständniß des Mitbeschuldigten in seinem ganzen Inhalte, auch soweit es Nachtheiliges gegen den andern Mitbeschuldigten enthält, als ein wahres angenommen und dem richterlichen Urtheil wider den Geständigen zum Grunde gelegt werden darf; wenn sich namentlich die entgegenstehenden Behauptungen des leugnenden Mitbeschuldigten durch andere Beweise widerlegen und dagegen die Erklärungen des geständigen Theiles durch sonstige Beweise Unterstützung erhalten. Wider den leugnenden aber wird freilich nach dem formell so strengen gemeinen Recht das Geständniß des andern noch nicht als beweisend zur Erkennung einer peinlichen Strafe gelten dürfen, sondern es würde dazu noch eine Ueberführung mit sonstigen Mitteln, welche die Halsgerichtsordnung oder jetzige Gerichtspraxis erlaubt, erforderlich seyn, wobei allerdings das an sich monströse Resultat entstehen kann, daß dieselbe Thatsache in Ansehung des einen Mitbeschuldigten als erwiesen, in Ansehung des andern als unerwiesen, wenigstens für unzureichend erwiesen zu einem Strafserkenntniß erachtet werden muß; ein Resultat, welches ohnstreitig der Annahme einer freieren, weniger formalen Beweistheorie das Wort zu reden scheint. Nicht selten wird aber auch der Rückschlag der Aussage eines Beschuldigten auf die Angaben des Geständigen, ja auf das Geständniß selbst, von noch größerer Bedeutung seyn, wenn sich nämlich den Angaben des leugnenden Theiles nicht geradehin alle Glaubwürdigkeit absprechen läßt, und sie nicht durch

andere Beweise widerlegt werden; wenn also Aussage gegen Aussage unter zweien Mitbeschuldigten streitet. Hier wird dann das Geständniß des einen Theiles nur in soweit als vollbeweisend anzunehmen seyn, als sich die entgegengesetzten nicht ganz unwahrscheinlichen Erklärungen des leugnenden Theiles vereinigen lassen; dem Geständniß wird durch den Widerspruch des andern Theiles etwas von seiner Glaubwürdigkeit entzogen; blos in soweit, als sich beider Aussagen decken oder der geständige Theil die ihn allein betreffenden oder gravirenden Thatsachen einräumt, findet kein Zustand des Zweifels Statt, wohl aber soweit die von ihm behaupteten und ihn beschwerenden Thatsachen zugleich auch wesentlich beschwerend für den leugnenden Theil sind. Sogar die größere Wahrscheinlichkeit der Aussage des geständigen Theiles kann nicht berechtigen, ihr den Vorzug der Wahrheit vor den widersprechenden Aussagen des leugnenden Theiles zu geben, wenn deren innere und äußere Glaubwürdigkeit nicht völlig über den Haufen geworfen werden kann.

Zu Betrachtungen der vorstehenden Art mußte unter Anderm der nun im Auszuge kürzlich mitzutheilende Fall Veranlassung geben.

Ein mehrere Tage schon vermißter Schneidermeister, den wir Zinn nennen wollen, ward am 25. October 1837 in dem Flüßchen seines Wohnortes als Leiche gefunden. Es ergaben sich bei der Obduction mehrere bedeutende Wunden auf dem Scheitel, welche die zugezogenen Sachverständigen für unbedingt letal und dem Verstorbenen noch bei seinem Leben gewaltthätig zugefügt erklärten, bevor er in das Wasser gekommen, obwohl der Tod erst durch Einsenkung in das Wasser selbst suffocatorisch erfolgt sey. Der Verdacht einer gewaltsamen Tödtung fiel als-

bald auf die Ehefrau des Zinn und einen Hausnachbar, den Webermeister Simeon, welche beide schon vor dem Verschwinden des Zinn in einem sehr vertrauten Verhältnisse laut öffentlicher Sage unter einander gestanden hatten. Nach anfänglichem Leugnen erfolgte zuerst das Geständniß der verwittweten Zinn. Zufolge dessen hätte sich schon seit einiger Zeit zwischen ihr und dem Coinculpaten ein ehebrecherisches Verhältniß und eine entschiedene Feindseligkeit gegen ihren Ehemann entsponnen; es hätte darauf Simeon die Wegräumung desselben vorgeschlagen und unter beiden Inculpaten die Verabredung Statt gefunden, daß die verehelichte Zinn ihren Mann eines Abends mit dem Vorgeben eines Rübendiebstahls auf ein Feld vor der Stadt verlocken und Simeon hier denselben unterwegs unvermuthet mit einem Knüppel todtschlagen solle. An dem bestimmten Abend wäre nun die Inculpatin wirklich mit ihrem Mann nach dem verabredeten Platz gegangen, längs einer Wiese, wo ein Weidengebüsch dicht am Flüßchen steht. Hier hätte Simeon gewartet, und kaum wäre die Inculpatin, welche einige Schritte vor ihrem Manne herging, an diesem Platz angekommen, als sie auf einmal hinter sich einen Schlag und gleich darauf einen Fall gehört, worauf sie im Umblicken ihren Mann liegen, den Mitbeschuldigten aber daneben gesehen haben will, welcher im selben Augenblick noch einen Schlag auf den Kopf ihres Ehemannes führte. Dieser lag zappelnd da und stöhnte. Ungeachtet ihrer Bitten, es genug seyn zu lassen, hätte der Mitbeschuldigte nun noch den Geschlagenen an der Gurgel gefaßt und die Mitinculpatin aufgefordert, denselben, welcher sich nicht mehr rührte, in das Wasser schleppen zu helfen. Als sie dies verweigert, habe er den Erschlagenen allein ergriffen und bei den Füßen nach dem Wasser gezogen, sie aber, die Mitbeschuldigte, habe den Simeon dabei am Rockzipfel festgehalten, um zu verhindern, daß nicht auch

er mit hineinfalle. Sogleich hinterher habe ihr Simeon den Knüttel gezeigt, womit er ihren Mann erschlagen, er habe sie über das Vorgefallene zu beruhigen gesucht, sie nach Haus geführt und dann mehrere Tage, obgleich selbst verheirathet, in einem eheschänderischen Verhältniß mit der nun von ihrem Mann befreiten Inculpatin gelebt, bis zu ihrer beiderseitigen Verhaftung.

So die Aussage der verehelichten Zinn selbst.

Von dem Mitbeschuldigten wurde sowöhl Anfangs, wie auch noch weiterhin, die angeschuldigte That mit großer Entschiedenheit und Kälte und mit widrigem Hohn gegen die mit ihm öfter confrontirte Coinculpatin geleugnet, eben so auch beinahe jeder ihn nur einiger Maßen beschwerende Umstand. Doch räumte er ein, daß er in einem nachbarlichen Verhältniß zu den Zinnschen Eheleuten gestanden; daß ihm die Coinculpatin am 18. October und dann weiter am 19ten eröffnet habe, sie wolle am Abend mit ihrem Mann in ein fremdes Feld nach Kohlrüben gehen und bei dieser Gelegenheit ihren Mann über Seite schaffen; sie habe ihn um seinen Beistand ersucht und er denselben auch zugesagt. Er sey also den Zinnschen Eheleuten nach ihrem Weggehen am Abend des 19. October nach 6 Uhr nachgefolgt, habe sich aber unterwegs bei einem Winzer Baumann vor dem Thore aufgehalten und kurze Zeit nachher von der allein zurückkehrenden Ehefrau Zinn in Erfahrung gebracht, daß sie ihren Mann erschlagen und in den Fluß geschleppt habe.

Erst nachdem man auf dem Felde in der Nähe des von der Ehefrau Zinn bezeichneten Mordfleckes einen rüsternen Knüttel leicht unter der Erde verscharrt gefunden hatte, den die verwittwete Zinn als das Mordinstrument in Simeons Händen gesehen zu haben anerkannte, als man ferner auch in der Wohnung des Simeon ein eben solches Stück Holz gefunden hatte, von welchem nach Aussage

der Sachverständigen der ersterwähnte Knüttel offenbar abgeschnitten war, und als beide dem Inculpaten nach einander vorgezeigt wurden, erklärte er mit zitternden Lippen und wechselnder Farbe, an der Barriere des Gerichtszimmers sich festhaltend: er wolle nur eingestehen, daß er den erstern Knüttel von dem letztern abgesägt und ihn für die mitbeschuldigte Zinn auf deren Verlangen zugerichtet habe, um ihren Mann damit todtzuschlagen. Er habe deshalb einen kleinen Griff daran geschnitzt und den Knüttel selbst mit einer vorräthigen Farbe schwarz gefärbt (vielleicht um ihn desto unbemerkter tragen zu können), angeblich ohne näheren Grund. Der Zinn habe er den Knüttel erst am Abend des 18. October durch das Fenster in ihre Stube gegeben.

Sonstige Beweise, außer den Aussagen der beiden Coinculpaten, waren im Wesentlichen nur diese:

1) Ueber das Verhältniß der Zinnschen Ehegatten unter einander. Hierüber war unter allen davon einigermaßen unterrichteten Personen nur eine Stimme, daß dasselbe vorzüglich in letzterer Zeit ein sehr unglückliches gewesen und der verstorbene Zinn das ehebrecherische Verhältniß seiner Frau zu dem nachherigen Coinculpaten wohl gekannt, wenigstens vermuthet und ihr deshalb häufige Vorwürfe gemacht, ja auch thätlich sich an ihr vergriffen habe. Die Vertraulichkeiten zwischen den beiden nachherigen Inculpaten waren kein Geheimniß. Schlimm war daher auch das Verhältniß des Simeon mit seiner eigenen Ehefrau.

2) Schon längere Zeit vor der eingetretenen Katastrophe hat Inculpatin Zinn eine große Feindseligkeit gegen ihren Mann vor verschiedenen Personen geäußert, und unter Anderm gesagt, daß sie wohl im Stande wäre, ihn mit einem Messer zu erstechen oder mit einer Holz-

axt vor den Kopf zu schlagen. — In Simeons Wohnung fand man bei der Haussuchung eine grünlichweiße Substanz von kohlensaurer Kalkerde und essigsaurem Kupferoxyd, nach Angabe der Sachverständigen Giftes genug, um den Tod eines Menschen dadurch herbeizuführen. Die Mitbeschuldigte Zinn will diese Substanz von dem Mitbeschuldigten erhalten haben, um es ihrem Mann in einen Kuchen zu backen, was ihr indessen mißlungen, und daher von ihr wieder aufgegeben worden sey. Simeon wollte davon seinerseits nichts wissen und nur zum Anstreichen der Stube eine Büchse mit Grünspan und Kreide gemischt gehabt haben.

3) Ein einziger, freilich nicht ganz vorwurfsfreier Zeuge, der Weingärtner Baumann, seinem Leumund nach dem Trunke ergeben und nichts weniger als zuverlässig, deponirte eidlich: Simeon habe ihm einst gesagt, daß er dem Zinn das Fell recht durchprügeln wolle, seine Frau mache er zu Schanden, das müsse anders werden. An einem andern Tage habe der Beschuldigte dem Zeugen geklagt, daß Zinn seine Frau gar nicht aus dem Hause lassen wolle, dem Dinge müsse ein Ende gemacht werden. Dann habe Simeon einst, wie zur Probe, dem Zeugen an die Kehle gegriffen und ihn gefragt, was man unter solchen Umständen machen müsse? er sey aber von dem Zeugen, als dem Stärkern, zurückgeworfen und festgehalten worden. Beim Weggehen endlich habe Simeon einmal geäußert: „der armen Zinn müsse geholfen werden, Zinn ist freilich stärker als ich, wenn Sie ihn aber so an der Kehle fassen wollten, griffen wir ihn bei den Beinen und dann ersäuften wir ihn." Dem Zeugen Baumann erschienen damals zwar diese Aeußerungen nicht ganz im Ernst gemeint. Etwa zwischen 6 und 7 Uhr Abends, am Tage vor Zinns Verschwinden, ist jedoch Simeon

wieder bei dem Zeugen auf dessen Weinberg erschienen und hat gesagt, daß er nach seinen Kartoffeln sehen wolle. Zeuge hat ihn ein Stück begleitet und auch einigemal Schnaps aus einer Flasche desselben mitgetrunken. Anderthalb Stunden später hat dann Zeuge die beiden nachherigen Inculpaten herankommen sehen; bei seinem Hervortreten hat sich die verehelichte Zinn erschrocken in die Weinstöcke geflüchtet und Simeon sich etwa nach einer halben Stunde wieder eingefunden. Als ihm Zeuge sagte: er wolle einmal sehen, ob Zinn sich Weiden geholt habe, suchte Simeon ihn davon abzuhalten. Derselbe Zeuge hat endlich an dem nämlichen Abend bei Simeon einen dicken Knüttel gesehen, wie schon Tages zuvor, und zwar denselben Knüttel, den man nachher auf dem Felde vorfand. Auf sein Fragen nach der Bestimmung des Knüttels soll Simeon geäußert haben, er wolle Kohlköpfe stehlen und sie daran hängen. Wie er mit der Zinn zurückkehrte, hatte er den Knüttel nicht mehr, und als sich Zeuge am nächstfolgenden Tage bei der Zinn erkundigte, ob ihr Mann zu Hause sey, sagte ihm diese, er sey des Morgens nach Weiden gegangen, aber noch nicht zurückgekehrt.

4) Der eben erwähnte Knüttel war 2 Fuß 9 Zoll lang; am dicken Ende 1 1/2 Zoll im Durchmesser. Durch das Abschälen der Rinde mit einem scharfen Messer waren daran lange glatte Schnittlöcher und mehr oder weniger scharfe Kanten bewirkt. Nach Aussage der Physikatspersonen wäre durch ein solches stumpfes Instrument entweder mit einem, oder wie es den Anschein habe, mit zwei auf dieselbe Stelle fallenden Hieben die am Leichnam des Zinn bemerkte letale Kopfverletzung hervorzubringen gewesen. Ebenso auch die andern Verletzungen.

5) Nach dem Verschwinden des Zinn hat sich die hinterlassene Wittwe anfangs sehr ängstlich und bekümmert gezeigt, bald darauf aber auch wieder sehr heiter, so daß sie schon am 22. October mit dem Coinculpaten eine Vergnügensreise machen wollte. Bei der Beerdigung ihres Mannes war sie nicht zugegen. Simeon seinerseits suchte theils den Baumann, theils seine eigene Frau, laut Aussage derselben, zu einzelnen falschen Angaben vor Gericht zu verleiten.

Was war nun unter den vorliegenden Umständen für erwiesen anzunehmen; abgesehen einstweilen davon, daß die Feststellung des Thatbestandes der Tödtung, weil keine Schöffen bei der Obduction zugezogen worden waren, nicht zur vollkommenen formellen Gewißheit gebracht war?

Wäre es lediglich auf die größere oder mindere Glaubwürdigkeit der einen oder andern Aussage der Coinculpaten für die letzte Entscheidung der Sache angekommen, so würde unleugbar der Aussage der verwittweten Zinn bei weitem mehr Glauben beizumessen gewesen seyn, als der des Simeon. Jene erschien zwar als eine leichtsinnige, jedoch nicht ganz verdorbene Person, deren früheres Leben bis zu ihrem ehelichem Verhältniß ohne Tadel gewesen war. Der Coinculpat Simeon dagegen hatte von jeher einen schlechten Ruf und sich bereits zweimal von einer Civilklage unter auffallenden Umständen losgeschworen. Sein Christenthum erschien sehr problematisch, es wurden gegen ihn sogar blasphemе Aeußerungen bekundet. Die verwittwete Zinn hatte sich sehr bald zu einem ausführlichen Geständniß entschlossen, ihre Angaben standhaft behauptet, wiederholt Reue bezeugt und ihre Strafwürdigkeit anerkannt, sowie andrerseits Entsetzen und Abscheu über das kalte, herzlose Benehmen und Leugnen des Coinculpaten an den Tag gelegt. Erhebliche Widersprüche fanden sich in ihren eige-

nen Aussagen nicht; die Möglichkeit des von ihr angegebenen Zusammenhanges war in keinen Zweifel zu ziehen. Ein verführtes Weib, ward sie ihres eigenen Mannes überdrüssig, verband sich zu dessen Beseitigung mit ihrem Buhlen, brachte jenen selbst an den Ort, wo er erschlagen ward; einige Reue ergreift sie zwar bei der That, bald jedoch betäubt der Verführer ihr Gewissen, sie geht fast in Wollust unter; nachdem aber dieser ein Ziel gesetzt ist, tritt wieder das Gewissen anklagend auf. Wie oft hat die Welt nicht schon solche Ausbrüche und Selbstvernichtungsprozesse der Sinnlichkeit geliefert —! Der Coinculpat dagegen zeigte sich während der Untersuchung als ein kalter klugberechnender Mensch, der sich aber doch in einzelne Widersprüche verwickelte und nur bei evidenten Beweisen ein Zugeständniß machte. — Alle Nebenumstände, worüber es selbstständige Beweise gab, stimmten mit den Geständnissen und Behauptungen der Zinn überein. So die Localität des angezeigten Mordfleckes und die Beschaffenheit der an dem Leichnam wahrgenommenen Verletzungen. Simeons Angaben widersprachen dagegen den Zeugenaussagen über sein Verhältniß zur Zinn, ferner der Aussage des Baumann, welcher ihn am Abend der That mit dem Mordinstrument in der Hand gesehen hat, sowie den nothwendigen Zeitbedingungen (worauf hier näher nicht eingegangen werden kann); endlich war wohl immer die Vollziehung eines Mordes nach den am Leichnam wahrzunehmenden Verletzungen eher durch die Hand eines Mannes als durch ein Weib zu argwöhnen. Zu einer solchen That gehört eine besondere Kühnheit, welche weder im Allgemeinen dem weiblichen Geschlecht eigenthümlich ist, noch auch bei der Inculpatin nach ihrer actenmäßigen Erscheinung unbedenklich angenommen werden konnte. Sie würde vielleicht im Stande gewesen seyn, ihren Mann in Zeiten der Erbitterung und in augenblicklicher Aufregung mit einem Messer oder mit einer Holzaxt

anzugreifen, wenn eines oder das andere zur Hand gelegen hätte, allein die Durchführung eines planmäßigen gewaltsamen Mordes ohne alle unmittelbare Beihülfe liegt gewiß dem Charakter des Weibes, selbst von der Art der Inculpatin, weniger nahe.

Für unmöglich konnte freilich die alleinige Hauptthäterschaft der Inculpatin nicht gehalten werden, und wenn auch ihre Aussage glaubwürdiger erschien als die des Coinculpaten, so war sie doch nicht ganz unverdächtig, oder, weil etwa glaubwürdiger als die Aussage desselben, darum noch nicht wahr und über jeden Zweifel erhoben. In soweit sie den Coinculpaten als den eigentlichen physischen Hauptthäter angab, war ihre Aussage kein Geständniß, sondern eben nur ein Indicium. Es kam daher weiter darauf an, ob nicht wenigstens aus dem Inhalt der Verhandlungen zusammengenommen ein vollständiger Indicialbeweis wider den Coinculpaten zu construiren war, indem die Spruchbehörde für die vorliegende Sache einen solchen Beweis zur Begründung eines peinlichen Strafurtheils allerdings für zureichend erachtet. In dieser Beziehung stritt gegen den Coinculpaten einmal sein eigenes Zugeständniß einer zugesagten Hülfeleistung, ferner die geständliche Zurüstung eines zur Tödtung vollkommen geeigneten Instrumentes, womit der Inculpat noch am Abend der That kurze Zeit vorher, ehe sie geschehen konnte, von einem Zeugen gesehen worden ist, und welchen er, nach Aussage desselben Zeugen, bei der gemeinschaftlichen Rückkehr mit der Coinculpatin nicht mehr hatte; weiter die auffallende Zumuthung, welche Inculpat geständlich dem Zeugen am selbigen Abend, obwohl angeblich nur im Scherz gemacht hat; dann die directe Bezüchtigung der selbstgeständigen Coinculpatin über die Art und Weise der von Simeon verübten That, und die Uebereinstimmung des an dem Leichnam des Zinn nachmals ermittelten Thatbestan-

des, nicht weniger die Auffindung des Knüttels in der Nähe des von der Inculpatin angezeigten Mordfleckes. Nimmt man hiezu die ganze Erscheinung der Persönlichkeit des Inculpaten, sein vertrautes Verhältniß zu der verehelichten Zinn, seine irreligiöse, wenigstens höchst leichtsinnige Denkweise, seine Verstocktheit und sein abgemessenes Verhalten in der Untersuchung, so dürfte allerdings keinem unbefangenen Urtheiler, nach rein menschlicher Combination, ein Zweifel bleiben, daß Inculpat bei der Tödtung des Zinn mehr betheiligt war, als er sich gedrungen fand zuzugeben, daß er sogar der eigentliche Anstifter und Thäter und jeder Schritt im Voraus klug berechnet war, wie denn selbst die Wahl eines fremden, obwohl nahe gelegenen Staatsgebietes, auf eine mehr als weibliche Klugheit schließen lassen dürfte. Bei genauerer juristischer Betrachtung stand jedoch dem Inculpaten nur das Einzelzeugniß der Coinculpaltin entgegen und ein keineswegs ganz unverdächtiges. Es fehlte noch immer zur Vollständigkeit eines Indicialbeweises jene Evidenz der Sache, mit welcher die Nöthigung verbunden ist, sich dieselbe nur in einer bestimmten Weise zu denken, wo man den Hergang klar vor sich sieht und kein Schleier des Zweifels ihn dem innern Auge verhüllt. Eine solche Evidenz hatte man im vorliegenden Falle nicht; die wirkliche Gegenwart des Coinculpaten bei der That erfuhr man nur durch eine dem Verbrechen selbst verfallene Person; man konnte diese nicht für schlechthin unfähig halten, das Verbrechen allein begangen zu haben. Behauptung stand hier gegen Behauptung. Ein sehr wichtiges Indicium wider den Inculpaten lieferte allerdings der in der Nähe des anscheinenden Mordfleckes gefundene Knüttel. Aber er ist nur von einem nicht ganz vorwurfsfreien Zeugen und von der Coinculpatin in seinen Händen an jenem Abend gesehen worden. Die Möglichkeit, daß die Inculpatin ihn gebraucht und verscharrt

habe, war nicht ausgeschlossen; auffallen mußte es sogar, daß sie geständlich am Tage nach der That morgens früh allein wieder nach dem Mordfleck gegangen ist.

So lag denn in der Sache eine solche Perplexität, wie sie bereits im Eingang der gegenwärtigen Abhandlung dargelegt worden ist. Inculpat Simeon war dessen nicht überführt, wessen ihn die Mitinculpatin beschuldigte; die Kraft ihres eigenen Geständnisses, obgleich es einen für sie selbst präjudicirlichen Zusammenhang enthält, jedoch verflochten mit den Beschuldigungen gegen einen angeblichen Theilnehmer, mußte durch den Widerspruch des letztern und durch dessen Gegenbezüchtigung allerdings geschwächt werden. Es konnte nun hinsichts ihrer als materiell gewiß angenommen werden, daß eigentlich der leugnende Inculpat die That begangen und sie dabei nur Hülfe geleistet habe; hierüber war wenigstens ein Schleier von Ungewißheit verbreitet. Was also endlich als juristisches Resultat der Untersuchung annehmen? Nur dasjenige, worüber die beiderseitigen Aussagen zusammenstimmten, und außerdem was durch sonstige Beweise selbst in künstlicher Art, aber unanfechtbar dargethan war.

Es war erwiesen, daß unter den Coinculpaten ein Mordanschlag gegen den Verstorbenen Statt gefunden hat, vermöge dessen die Coinculpatin ihren Mann nach dem Abendessen nach einem näher bezeichneten Fleck zu bringen versprach, Coinculpat aber den nachher aufgefundenen Knüttel zugerichtet und bestimmt nach dem angezeigten Platz zu kommen versprochen hat.

Es war erwiesen durch beiderseitiges Eingeständniß, daß die Zinnschen Eheleute gegen 6½ Uhr Abends am 19. October in der mehrerwähnten Richtung fortgegangen sind. Ferner, daß sich auch der Coinculpat am selbigen Abend in gleicher Richtung aus seinem Hause fortbegeben und eine Zeitlang in einem Weinberge bei dem

Winzer Baumann verweilt hat, welchem er sagte, Zinn sey auf einer Wiese und schneide Weiden. Baumann möge mit dahin kommen und solle den Zinn an der Kehle, Inculpat ihn an den Beinen fassen, dann wollten sie ihn ersäufen; worauf sich dann Inculpat mit einem Knüttel von dem Weinberge wieder entfernte.

Es war erwiesen durch Einverständniß beider Inculpaten und durch Zeugniß des Baumann, daß dieselben einige Zeit später um 8 Uhr oder bald nachher in der Nähe des Weinbergs wieder erschienen sind, und es ist seit jenem Abend der Schneidermeister Zinn nicht mehr lebend gesehen, sondern erst mehrere Tage später in der vorbeschriebenen Weise und Beschaffenheit wieder gefunden worden.

Es war erwiesen, daß sich an seinem Kopf bedeudende Verletzungen vorfanden und daß in der Nähe des Wassers so wie der von den Inculpaten an jenem Abend genommenen Richtung der oft erwähnte Knüttel verscharrt gelegen hat, welchen Simeon zur That zugerichtet hatte, womit Jenem nach sachverständigem Urtheil jene Verletzungen zugefügt werden konnten; es fehlte an jeder andern Erklärung dieser Verletzungen, so wie an der Betheiligung eines Dritten; es hatte sogar das Zugeständniß der Coinculpatin für sich, daß die Verletzungen mit dem gedachten Knüttel zugefügt worden.

Es war nur wegen eines formellen Mangels bei der Obductionsverhandlung (man hatte unterlassen Schöffen zuzuziehen) die kunstverständige Constatirung des Leichnams und der Todesursache nicht als vollerwiesen anzusehen. Als gewiß war aber doch ein Complott der Coinculpatin auf die Tödtung des Zinn anzunehmen, welches wenigstens einen Anfang der Ausführung erhalten hat, indem die verehelichte Zinn ihren Mann nicht nur zum Ausgehen nach einem Ort und zu einer Zeit, wo er um-

gebracht werden sollte, verleitet und begleitet hat, der Mitangeschuldigte aber seinen Beistand durch Zurüstung eines Mordinstruments und gleichzeitiges Hinausgehen bethätigt, dann aber einer von ihnen dem Zinn Kopfverletzungen mit jenem Instrument zugefügt hat, ohne daß Einer freiwillig von dem Versuch wieder abgestanden hat.

Es wurde demnach gegen die Zinn wegen Haupttheilnahme an dem Versuch eines beschlossenen Gattenmords — denn sie hatte dazu die Gelegenheit bereitet — auf 20 Jahre Zuchthaus, gegen Simeon aber wegen zugesagter und wenigstens theilweis geleisteter Beihülfe auf 15 Jahre Zuchthaus concludirt.

Allerdings für den s. g. gesunden Menschenverstand ein immer befremdendes Ergebniß. Eine That ohne Kopf, ohne deutlich erkennbares Activsubject, was doch nicht gefehlt haben kann, vielmehr eins von zweien Individuen gewesen seyn muß. Aber der Jurist wird sich trösten. Er wird die That freilich als vollendet ansehen müssen, die Betheiligung der Beiden aber doch nur in soweit als gewiß, als sie erwiesen ist, sicher erweisen. Selbst nach freierer Beweistheorie wird dasselbe vorkommen können; denn wenn auch der Richter einen Indicialbeweis annehmen darf, so darf er doch noch nicht die höhere Wahrscheinlichkeit einer Mitschuldigen-Aussage für Beweis gegen den andern Complicen annehmen, wenn er nicht zur Evidenz der That noch mit andern Mitteln unzweifelhaft gelangt. Geschworne werden sich freilich leichter der bloßen Wahrscheinlichkeit unterwerfen; aber sie werden sich wieder durch die mildernden Umstände helfen, was ja an sich schlimmer ist. Die Strafresultate selbst werden sich meist zufällig begegnen.

V.

Beitrag zur Geschichte der Quellen des deutschen Strafrechts.

Das Correctorium zur Bamberger Halsgerichtsordnung.

Von
Herrn Dr. Gustav Geib,
Professor in Zürich.

In einem früheren Hefte dieses Archivs (Jahrg. 1844. Nr. VIII.) hat Herr Hohbach eine sehr interessante Entdeckung, das Correctorium in der Bambergischen Halßgerichtsordnung, bekannt gemacht. Für mich selbst war diese Entdeckung freilich nicht neu, indem schon vor mehreren Jahren die hiesige Universitätsbibliothek von dem Antiquar Neubronner in Ulm ein Manuscript jenes Correctoriums acquirirt hatte, welches durchgängig mit dem hier gelieferten Abdrucke übereinstimmt. Ja es scheint mir sogar möglich, daß, nach den leider sehr mangelhaften Andeutungen des Herrn Hohbach zu schließen, das von ihm benutzte Manuscript gerade dasselbe ist, welches sich jetzt in Zürich befindet. Wäre ich nicht durch meine größeren Arbeiten in dem Grade in Anspruch genommen, daß selbst die wenigen Wochen, welche ich auf die Bekanntmachung jenes Fundes

verwenden mußte, mir als eine unangenehme Unterbrechung sich darstellten, so würde ich dieselbe schon längst besorgt haben. Dessen ungeachtet hatte ich mich am Ende dazu entschlossen, und ich war gerade im Begriffe, mein Manuscript, das ich als selbstständiges Schriftchen erscheinen lassen wollte, an die Verlagshandlung abzuschicken, als mir das fragliche Heft des Archivs zukam. Natürlich gab ich jetzt meinen ursprünglichen Plan auf. Allein dieser war in der That ein etwas anderer, als der des Herrn Hohbach. Vor allem nämlich ging meine Absicht dahin, einen wirklich vollständigen Abdruck des Correctoriums zu liefern, während Hohbach eigentlich nur einen Auszug gegeben, und von den zwanzig Stücken, aus denen dasselbe besteht, blos zwölf (Nr. 1—4. 6—8. 11. 13. 17. 19. 20.) vollständig, vier (Nr. 5. 10. 16. 18.) mehr oder weniger abgekürzt, und vier (Nr. 9. 12. 14. 15.) gar nicht mitgetheilt hat. Außerdem aber war ich so glücklich, in der Bibliothek und in dem Königl. Archive zu Bamberg einige sonstige Manuscripte aufzutreiben, welche theils dieselben Stücke, wie sie in dem Correctorium vorkommen, jedoch freilich mit manchen abweichenden Lesarten, theils aber auch mehrere hier nicht aufgenommene und in der That vollkommen neue Notizen enthalten: alle diese Stücke, welche Hohbach nicht gekannt zu haben scheint, wollte ich bei meiner Ausgabe entweder als Zusätze in den Text des Correctoriums einschalten, oder wenigstens in den Noten auf die abweichenden Lesarten aufmerksam machen. Endlich hatte ich noch im Sinne, in einer etwas ausführlicheren Einleitung zum mindesten diejenigen Punkte hervorzuheben, welche ich vorzugsweise für wichtig und interessant hielt, und von deren gehöriger Würdigung mir gerade der Werth der ganzen Entdeckung abzuhängen schien. Abgesehen von denjenigen Stücken, welche, wie z. B. das, wodurch der Begriff der „Gliedmäßigkeit" er-

läutert wird, sogar noch heut zu Tage eine unmittelbar praktische Bedeutung haben, war mein Augenmerk besonders darauf gerichtet, die Wichtigkeit bemerklich zu machen, welche die neue Entdeckung eines Theils für die Fortbildung des Bamberger Rechts, namentlich für die revidirte Ausgabe der Bambergensis vom J. 1580, andern Theils, was vielleicht noch interessanter ist, für die Abfassung der Carolina als eine durchaus neue, bisher von Niemandem geahnte Quelle derselben gehabt hat. In der That hat auch Hohbach bei dem Abdrucke der von ihm mitgetheilten Stücke gewöhnlich einige erklärende Bemerkungen beigefügt. Allein ich glaube nicht zu irren, wenn ich behaupte, daß die wahre Bedeutung seines Fundes ihm keineswegs klar geworden ist: gerade das Alleraugenfälligste, den Zusammenhang zwischen dem Correctorium und der Bambergensis vom J. 1580, hat er sogar ganz übersehen! Wenn ich nun dessen ungeachtet, trotz dieser inneren und äußeren Verschiedenheit, die Ausführung meines Planes aufgegeben habe, so glaube ich vielleicht dennoch auf einigen Dank rechnen zu dürfen, wenn hier, gewissermaßen als Nachtrag zu den Hohbach'schen Mittheilungen, wenigstens diejenigen Abschnitte meiner Arbeit folgen, wodurch jene Mittheilungen entweder ergänzt werden, oder wodurch jedenfalls der eigentliche Werth derselben erst das gehörige Licht erhalten soll. Was den ersten Punkt betrifft, die von Hohbach entweder ganz oder zum größten Theil übergangenen Stücke des Correctoriums, welche ich jetzt, eben so wie die einzelnen Nachrichten aus den Manuscripten des Archivs und der Bibliothek zu Bamberg, wenn auch blos gelegentlich, bei Besprechung der betreffenden Materien, in den Noten habe abdrucken lassen, so glaube ich hier des Dankes so ziemlich gewiß zu seyn. Ob aber auch meine ganze sonstige Arbeit geeignet ist, den Zweck, welchen ich durch dieselbe erstrebte —

die Veranschaulichung der so tief und so vielfach eingreifenden Wichtigkeit der neuen Entdeckung — wirklich zu erreichen, so ist dieses allerdings eine andere und für mich selbst wenigstens eine zweifelhafte Frage.

Die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. ist in der Entwicklungsgeschichte des deutschen Strafrechts eine der hervorragendsten Erscheinungen. Auf jeden Fall ist gerade sie es, an welche die ganze spätere Formation unseres Rechts sich angereiht hat, und an welche wir daher fortwährend, um auch nur das Allernächstliegende, die Erscheinungen unseres neuesten Rechtslebens zu verstehen, anknüpfen müssen. Fragen wir nun aber nach den Quellen, aus denen die Carolina hervorgegangen ist, so sind es im Allgemeinen freilich die Ansichten, wie sie im Laufe des funfzehnten und im Anfange des sechzehnten Jahrhunderts, zum Theil in sehr schroffem Gegensatze zu den Ansichten des Nordens [1]), in dem gesammten Süden von Deutschland sich ausgebildet hatten. Allein in der That sind diese süddeutschen Ansichten doch eben nur gleichsam die äußere Atmosphäre, unter deren Einwirkung sich die neue Pflanze gebildet hat: der eigentliche Boden, aus dem sie entsprossen ist, ist das Vaterland von Schwarzenberg's Thätigkeit, die Stadt und das Bisthum Bamberg.

---

1) Daher erklären sich auch die wiederholten Protestationen des Churfürsten von Sachsen gegen die Publication der Carolina. Mögen die Motive für die übrigen protestirenden Reichsstände gewesen seyn, welche sie wollen; wenigstens Sachsen, wie dieses der Inhalt seiner Protestationen selbst am besten beweist, wurde gewiß vorzugsweise durch den Widerspruch des neuen Gesetzes mit den Grundsätzen des bisherigen Sachsenrechts hiezu veranlaßt. Vgl. Kress Comment. in C. C. C. Praef. §. 20—22. Eine andere Deutung giebt diesen Protestationen Wächter Gemeines Recht Deutschlands insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht. Leipzig 1844. S. 30. Not. 23.

Schon fünfundzwanzig Jahre vor der Carolina war hier die sogenannte Bambergensis erschienen. Schwerlich hatte der Verfasser derselben eine Ahnung davon, welche Wichtigkeit seine Arbeit noch für die späte Nachwelt haben werde [2]). Wir, durch mehr als drei Jahrhunderte von Schwarzenberg getrennt, vermögen diese Wichtigkeit zu beurtheilen. Weil die Bambergensis die Mutter der Carolina geworden ist, ist sie uns zum Verständnisse dieser selbst unentbehrlich; und weil die Bambergensis wieder aus dem früheren Rechtszustande Bamberg's erwachsen ist und zunächst gerade für diesen berechnet war [3]), ist es ein-

2) Ueber die Behauptung Mancher, daß die Bambergensis schon in der Absicht ausgearbeitet worden sey, späterhin als allgemeines Reichsgesetz publicirt zu werden, vgl. Löwenstern in Plitt Repertor. II. S. 19—71. Die eigenthümlichste, aber wirklich auch fast in jedem Worte einen Irrthum enthaltende Ansicht findet sich bei Meyer esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. La Haye et Amsterdam 1819—1823. Tom. V. p. 222 sq. Maximilien s'en occupait (d'une loi pénale) très sérieusement (?), et il paraît que plus d'une fois des projets furent proposés et examinés (?), jusqu'à ce que celui du baron de Schwartsenberg (?), qui depuis plusieurs années avait occupé des places importantes dans l'Empire (?), fixa toutes les opinions du conseil chargé de l'examiner (!). Cependant on jugea qu'un intérêt aussi majeur ne devait pas être traité légèrement, et qu'il y aurait du danger à ne s'en rapporter qu'à la seule théorie (!); on résolut d'y joindre les résultats de l'expérience (?): l'évêque de Bamberg publia en 1507 une ordonnance calquée sur le projet indiqué (?), et les margraves de Brandebourg suivirent en 1516 cet exemple pour leurs possessions en Franconie. Ces deux ordonnances ainsi éprouvées et corrigées d'après les résultats, furent de nouveau soumises à l'examen de la diète (!) etc.

3) Es ist hier nicht der Ort, auf die in der neueren Zeit so viel besprochene Frage nach den Quellen der Bambergensis genauer einzugehen. Das Beste, was in dieser Hinsicht gesagt worden ist, findet sich bei Zoepfl das alte Bamberger Recht. Heidelberg 1839. S. 104—106. 158—181. Herrmann Johann Freiherr zu Schwarzenberg. Leipzig 1841. S. 26—28. 31—36. Die sonst so fleißig geschriebene Abhandlung von Wendt in d. Baier. Annalen 1834. Nr. 137. 139. 151. 152. muß in ihrem Resultate als verfehlt betrachtet werden.

leuchtend, daß wir der Betrachtung dieses Rechtszustandes sowohl vor als unmittelbar nach deren Erscheinen vor allem unsere Aufmerksamkeit zuwenden müssen. Die Entwicklung des Rechtlebens in der Stadt und dem Bisthume Bamberg hat in der That ein Interesse, wie es das Recht keines andern Theils von Deutschland in Anspruch nehmen kann.

Allein was ist denn bisher für die Kenntniß dieses Bamberger Rechts geschehen? Beinahe bis auf die allerneueste Zeit uuglaublich wenig. Alles was man hierüber wußte, beschränkte sich eben auf jene Bambergensis vom J. 1507. Die gesammte frühere Rechtsbildung dagegen; sowie die ganze spätere Fortbildung gerade der Bambergensis selbst, namentlich während derjenigen Zeit, welche zwischen der Abfassung derselben und der Publication der Carolina in der Mitte liegt, blieb unbeachtet. Ja auch diese Bambergensis sogar war in dem Grade unbekannt, daß schon Thomasius nicht einmal die Zeit ihrer Entstehung anzugeben wußte, und sie wirklich statt in das Jahr 1507, in das Jahr 1510 verlegte! [4]). Aber noch mehr: bis zum Jahr 1826 haben wir keine einzige Handausgabe besessen, welche den ächten Text der ursprünglichen Schwarzenberg'schen Arbeit geliefert hätte. In den für das größere Publicum allein zugänglichen Ausgaben von Ludovici und Böhmer war nicht die älteste Bamberger, sondern die vierte Mainzer (Schöffer'sche) Ausgabe, mit allen ihren Fehlern und Unrichtigkeiten abgedruckt [5]). Erst Schmid und ganz neuerlich Zoepfl

---

4) Ch. Thomasius Diss. de occasione, conceptione ac intentione constitutionis criminalis Carolinae, in Dessen Dissertationes academicae. Halae 1773 — 1780. Tom. III. p. 470.

5) J. F. Ludovici Caroli V. constitutiones criminales. Access. Mater Carolinae, ordinatio criminalis Bambergen-

haben das Verdienst, jene älteste Ausgabe (Bamberg durch Hannsen Pfeyll) in einem getreuen Abdrucke wiedergegeben [6]), und dadurch denn endlich von unserer jetzigen Zeit einen Vorwurf abgewendet zu haben, welcher für die älteren Juristen stets eine harte Anklage bleiben wird.

Freilich aber dürfen wir dieses Verdienst nicht allzu hoch anschlagen. Die Bamberger Halsgerichtsordnung vom J. 1507 erscheint zwar als derjenige Theil des Bamberger Rechts, welcher offenbar das höchste und unmittelbarste Interesse für uns hat. Allein auf einer nicht viel niedereren Stufe steht doch die ganze übrige Rechtsbildung, welche der Abfassung der Halsgerichtsordnung vorausgegangen und derselben nachgefolgt ist. Die erste, um zunächst blos von dieser zu reden, natürlich aus dem Grunde, weil wir schon von vorn herein annehmen können, was sich bei einer genaueren Betrachtung auch im Einzelnen nachweisen läßt [7]), daß Schwarzenberg, wenn er nicht etwa ein eigentlich revolutionäres Recht schaffen wollte, fast gezwungen war, bei seiner Arbeit gerade auf diejenigen Elemente eine besondere Rücksicht zu nehmen, welche als geltendes Recht bereits vorhanden waren und, sey es für ihre Zweckmäßigkeit oder für ihre Unzweckmäßigkeit, bereits

---

sis. Halae 1716. J. S. F. de Boehmer Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam. Halae 1774. Append. p. 1—68. Die Behauptung von Wächter (Lehrb. d. Strafr. 1. S. 26. Gemeines Recht Deutschlands S. 100. Not. 134.), daß auch Clasen seinem Comment. in constitutt. crim. Caroli V. einen Abdruck der Bambergensis beigegeben habe, finde ich wenigstens hinsichtlich des mir vorliegenden Exemplars (Francofurti 1693. 4.) nicht bestätigt.

6) R. Schmid Kaiser Karls V. peinliche Gerichtsordnung, nebst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung. Jena 1826. S. 93 — 190. Jena 1835. S. 111 — 222. H. Zoepfl die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung. Heidelberg 1842. S. 1 — 108.

7) Vgl. Zoepfl das alte Bamberger Recht S. 165—178.

den Beweis geliefert hatten. Wollen wir die Bambergensis gehörig verstehen, so müssen wir vor allem den Boden kennen, auf dem dieselbe aufgeführt, und das Material, aus dem sie zusammengesetzt worden ist. Ja dieses Material verdient unsere Aufmerksamkeit nicht blos dann, wenn wir seine unmittelbare Einfügung in den neuen Bau zeigen können, sondern in gleicher Weise selbst dann, wenn wir etwa finden sollten, daß dasselbe recht absichtlich auf die Seite geschoben wurde. Unter der letzten Voraussetzung besteht dann unsere Aufgabe darin, nach den sonstigen Quellen zu forschen, welche hier benutzt worden sind, und, in sofern wir diese nicht aufzufinden vermögen, wenigstens die Gründe zu erkennen suchen, welche zu den Abweichungen von dem bisherigen Rechte Veranlassung gegeben haben.

Diese Wichtigkeit des älteren Bamberger Rechts für das Verständniß der Halsgerichtsordnung hat man denn auch in der neueren Zeit eingesehen. Schon Roßhirt hat hier recht Dankenswerthes geleistet [8]); allein noch ungleich größeres Verdienst hat sich in dieser Beziehung Zoepfl durch Herausgabe der alten Bamberger Rechtsquellen aus dem 14. Jahrhunderte erworben [9]). Freilich läßt es sich nicht leugnen, daß auch noch nach der Zoepflschen Arbeit eine bedeutende Lücke übrig bleibt [10]). Der Rechtszustand während des 15. Jahrhunderts interessirt uns natürlich am allermeisten, und dessen ungeachtet wissen wir gerade von diesem bis jetzt so gut wie nichts. Wäre

8) Roßhirt Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1838. 1839. Th. I. S. 110—131. 164—167.

9) Zoepfl das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina, nach bisher ungedruckten Urkunden und Handschriften. Heidelberg 1839.

10) Vorzüglich zu bedauern ist es, daß selbst Jac. Grimm (Weisthümer III. S. III.) nicht im Stande war, auch nur ein einziges Bamberger Weisthum aufzutreiben.

es freilich richtig, was Mittermaier und Frey behaupten [11]), daß auf der Bibliothek zu Gotha ein vollständiges Stadtrecht von Bamberg aus dem J. 1472 existire, so wäre jene Lücke offenbar sehr leicht auszufüllen, und auf jeden Fall würde man es bedauern müssen, daß Zoepfl nicht zugleich auch dieses Stadtrecht uns bekannt gemacht hätte. Allein jene Behauptung beruht auf einem Irrthume. Das Gotha'sche Manuscript, wovon Herr Hofrath Jacobs eine sehr genaue Beschreibung geliefert hat [12]), enthält nämlich keineswegs eine neue Recension des Bamberger Rechts, sondern es ist dasselbe nichts weiter, als eine jener ziemlich zahlreichen Copien des ursprünglichen Stadtrechts aus der Mitte des 14. Jahrhunderts; ja es ist gerade diese Gotha'sche Copie ungleich defecter als viele andere [13]). Ueberdies aber ist das Manuscript auch nicht vom J. 1472, sondern vom J. 1478. Auf diese Weise müssen wir denn wenigstens für den Augenblick darauf verzichten, gerade über diejenige Zeit, welche der Abfassung der Bambergensis unmittelbar vor-

11) Mittermaier im N. Arch. d. Crim. R. IV. S. 655 ff. „Vorzüglich dürfte noch eine reiche Ausbeute in dem Bambergischen Stadtrechte von 1472 gefunden werden, wovon die Gothaische Bibliothek ein interessantes Manuscript verwahrt. Es läßt sich vermuthen, daß Schwarzenberg diese damals noch neue Rechtssammlung nicht unberücksichtigt gelassen hat." Aem. Rem. Frey Observationes ad juris criminalis Teutonici, praesertim Caroli V. constitutionis criminalis historiam Heidelbergae 1825. p. 62 sq. „Ad interpretationem quod attinet constitutionis criminalis Carolinae, tria praesertim adhibenda sunt: consuetudines, quae tempore Carolinae conditae viguere .... Ad ea, quae primo loco posui, adnumero urbis Bambergae statuta a. 1472. Reperiuntur in MSS. bibliothecae urbis Gothae."

12) Abgedruckt bei Zoepfl das alte Bamb. Recht S. 9. 10.

13) Daß Mittermaier auch noch in der neuesten Ausgabe der „Grundsätze des deutschen Privatrechts" (Regensburg 1842, 1843.) Bd. I. S. 65. seinen alten Irrthum wiederholt hat, kann nur ein Versehen seyn.

hergegangen ist, wirklich befriedigende Aufschlüsse zu erhalten. Allein dessen ungeachtet wird es wohl nur darauf ankommen, die reichen Schätze der Bibliothek und des Archivs zu Bamberg gehörig auszubeuten, um auch in dieser Hinsicht noch gar manches Beachtenswerthe zu Tage zu fördern. Ich selbst kann hier blos auf dasjenige aufmerksam machen, was mir durch die Güte des Herrn Bibliothekars Jäck mitgetheilt worden ist. Es ist dieses Folgendes: Reformation des Domdechaneigerichts vom J. 1463 [14]), Erklärung dieser Reformation vom J. 1488 [15]), Hofgerichtsreformation vom J. 1497 [16]), Landgerichtsordnung vom J. 1503 [17]). Alle diese Stücke liefern jedoch nament-

---

14) „Die Reformacion des gerichts der dechaney des thumbstiffts zu Bamberg durch denn hochwirdigen inn gott vatter vnnd herren herrn Georgenn bischeff zu Bamberg gemacht vnd geordenett. Vonn latein in teutsch bracht." Das Manuscript besteht aus 55 Folioseiten: es ist einem Exemplar der Bambergensis vom J. 1580 beigebunden, welches sich auf der Königl. Bibliothek zu Bamberg befindet und mit Rc. II. 12. bezeichnet ist.

15) „Ordnung vnd Erklerung der Reformacion des gerichts der dechaney des thumbstieffts zu Bamberg: durch den hochwirdigen in gott vatter vnd herrn herrn Heinrichen bischof zu Bamberg gemacht vnd geordent. Von latein in teutsch bracht." Das Manuscript schließt sich unmittelbar an das vorhergehende an, und besteht aus 11 Folioseiten.

16) „Hoffgerichts Reformation durch weilanndt den hochwürdigen fürsten vnnd herrenn herren Heinrichen bischofen zu Bamberg, anno 1497 vfgericht." Auch dieses Manuscript ist dem angeführten Exemplar der Bambergensis beigebunden, jedoch führt dasselbe hier blos die kurze Ueberschrift: „Hof gerichts ordenung 1497." Der angegebene vollständige Titel befindet sich in einer Handschrift des Königl. Archivs zu Bamberg, welche mir in einer diplomatisch genauen Abschrift durch Herrn Jäck zugestellt worden ist. Die letztere Handschrift umfaßt 17 Folioseiten, die erste 14 Folioseiten.

17) „Lanndgerichts ordnung zu Bamberg." Dieses Manuscript macht den Schluß der handschriftlichen Beilagen zu dem erwähnten Exemplar der Bambergensis: es enthält 20 Folioseiten, jedoch fehlen am Ende mehrere Blätter. Von dieser Landgerichtsordnung giebt es auch einen älteren Druck: Bam-

lich in Ansehung des Strafrechts nur eine ziemlich geringe Ausbeute; und so können wir uns wohl einigermaßen trösten, daß dieselben bis jetzt noch durch keinen neueren Abdruck veröffentlicht worden sind.

Mag übrigens immerhin für die Erforschung des früheren Bamberger Rechtslebens noch manches zu thun bleiben; auf jeden Fall ist hier doch ein Anfang gemacht, und zwar ein sehr glücklicher und kräftiger Anfang. Ganz anders verhält es sich dagegen mit der späteren Zeit. Für diese, für die Periode nach der Schwarzenberg'schen Halsgerichtsordnung, und somit für die Frage, wie diese Halsgerichtsordnung in das Leben eingegriffen hat und durch dasselbe fortgebildet worden ist, ist bis auf den heutigen Tag noch gar nichts geschehen. Hat man sich doch lange Zeit eingebildet, daß eine solche Fortbildung hier gar nicht Statt gefunden habe! Die Bambergensis, meinte man, sey eben ein abgeschlossenes Gesetzbuch gewesen, welches fortwährend in gleicher Weise habe zur Anwendung gebracht werden müssen, und alle späteren Ausgaben dieses Gesetzbuchs bis gegen die Mitte des 18. Jahrhunderts seyen schlechthin nur Abdrücke der ursprünglichen Ausgabe [18]). Allein daß diese Ansicht ein grober Irrthum ist, hat schon Roßhirt gezeigt [19]). In der That besitzen wir von der

---

berg durch Haunsen Pfeyll, der mir aber aus eigener Ansicht noch nicht bekannt ist. Vgl. Roßhirt Geschichte und System I. S. 130. Zoepfl das alte Bamberg. Recht S. 8.

18) So selbst noch die beiden neuesten Bearbeiter der Litteratur des Strafrechts: G. W. Böhmer Handbuch der Litteratur des Criminalrechts. Göttingen 1816. S. 79. F. Kappler Handbuch der Literatur des Criminalrechts. Stuttgart 1838. S. 18.

19) Roßhirt Beiträge zum römischen Rechte und zum römisch-deutschen Criminalrechte. Heidelberg 1820. H. I. S. 114. 115. 120. 121. S. auch Schmid Vorrede z. peinl. Gerichtsordn. S. X—XII. Zweite Ausg. S. VIII—X. Wächter im Archiv d. Crim. R. 1837. S. 66. Derselbe Gemeines Recht Deutschlands S. 62. 63.

Bamberger Halsgerichtsordnung zwei völlig verschiedene Redactionen: die ursprüngliche vom J. 1507, und die neue, sehr wesentlich veränderte, vom J. 1580. Von beiden Redactionen giebt es dann wieder mehrere Abdrücke, namentlich von der neuen einen Abdruck vom J. 1738 [20]). Jedoch gerade diese Redaction vom J. 1580 hat man bisher völlig unbeachtet gelassen. Selbst den zwei neuesten Herausgebern der ursprünglichen Bambergensis (Not. 6.) schien es überflüssig zu seyn, etwa auch nur in den Noten auf die Abweichungen aufmerksam zu machen, wodurch sich die neue von der alten Redaction unterscheidet; und was die bereits vor fünfundzwanzig Jahren versprochene Ausgabe von Roßhirt betrifft [21]), in welcher allerdings diese Abweichungen hervorgehoben werden sollten, so muß man wohl befürchten, daß dieselbe überhaupt niemals erscheinen wird.

Dessen ungeachtet aber ist es einleuchtend, welches hohe Interesse diese spätere Entwicklung des Bamberger Rechts für uns darbietet, und in welchem Grade daher namentlich jene Redaction von 1580 unsere Aufmerksam-

---

20) Vgl. Spangenberg im N. Arch. d. Crim. R. VII. S. 452—454. Roßhirt ebendas. IX. S. 244. 245. Von der Ausgabe von 1580 erschienen sogar — was meines Wissens noch von Niemandem bemerkt worden ist — in demselben Jahre (1580) zwei verschiedene Abdrücke, beide zu Bamberg durch Johann Wagner. Jeder dieser Abdrücke enthält, abgesehen von der Vorrede und dem Register, 72 Blätter: dagegen unterscheiden sie sich besonders dadurch, daß in dem einen auf der Seite drei Zeilen weniger stehen als in dem anderen, die Zeilen selbst aber um einige Buchstaben länger sind. Ueberdies finden sich in dem einen Abdrucke mehrere Druckfehler, welche in dem anderen vermieden sind. So z. B. gleich in der Vorrede, wo es in dem einen Abdrucke heißt: „Wir Johann Georg von Gottes gnaden erwehlter vnd bestettigter zu Bischoff zu Bamberg", während in dem anderen steht: „Wir Johann Georg . . . . zum Bischoff zu *Bamberg.*"

21) Roßhirt Beiträge I. S. 108 ff.

verdient. Es ist dieses schon um deswillen der Fall, weil wir gerade aus dieser Redaction, eben so wie aus der neuen Redaction der Brandenburgensis vom Jahr 1582 [22]), am allerbesten ersehen können, in welcher Weise die Carolina selbst sich allmählig in den einzelnen Territorien Deutschlands verbreitet hat. Denn in Wahrheit bestehen die bei weitem meisten Abweichungen zwischen der alten und neuen Redaction gerade darin, daß jene mehr oder weniger bedeutenden Modificationen, welche man bei Abfassung der Carolina mit der ursprünglichen Bambergensis vorgenommen hatte, jetzt umgekehrt auch in diese herübergenommen wurden. Dieses Anschließen an die Carolina, dieses Streben sich so viel als möglich mit derselben zu amalgamiren, ist aber um so bemerkenswerther, als es sich hier, in Bamberg und den fränkischen Besitzungen des Hauses Brandenburg, nicht wie an den übrigen Orten, wo das neue Reichsgesetz sich nach und nach Anerkennung zu verschaffen wußte, darum handelte, an die Stelle eines veralteten, mit der veränderten Richtung und Gesinnung des Volks [23]) nicht mehr im Einklange stehenden Rechts, ein anderes, aus dieser neuen Richtung und Gesinnung hervorgegangenes zu setzen, sondern vielmehr darum, das neue, bereits aus jener Richtung entsprungene oder derselben mindestens angepaßte Recht mit einem anderen zu vertauschen, welches kaum etwas mehr für sich geltend machen konnte, als daß es eben durch einen förmlichen Reichsschluß den einzelnen Ständen zur Reception empfohlen worden war [24]). Von

---

22) Roßhirt Geschichte u. System I. S. 243. Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 39. 40.

23) Vgl. Herrmann Johann Freiherr zu Schwarzenberg S. 14. 15. 39. 41.

24) Daß die Carolina in der That nichts weiter war als eine solche Empfehlung, beweist die s. g. salvatorische Clausel: „Doch wollen wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten,

diesem Gesichtspunkte angesehen erscheinen die neuen Redactionen der Bambergensis und Brandenburgensis für die Geschichte der Carolina selbst von der höchsten Wichtigkeit, und es liefern dieselben den allerentschiedensten und schlagendsten Beweis, wie sehr schon gegen das Ende des 16. Jahrhunderts die Idee eines gerade durch die Carolina getragenen und vertretenen gemeinen Rechts sich festgesetzt hatte. Jedoch auch noch in einer anderen Beziehung sind diese neuen Redactionen, oder jedenfalls die neue Redaction der Bambergensis von Wichtigkeit. Allerdings nämlich bestehen die wesentlichsten Veränderungen, gegenüber von der ursprünglichen Redaction, in dem Herüberziehen der einzelnen Abweichungen der Carolina: allein ausschließlich ist dieses doch keineswegs der Fall. Schon der flüchtigste Blick in die Ausgabe von 1580 beweist, daß es hier auf etwas mehr abgesehen war, als auf ein bloßes Verschmelzen der ursprünglichen Ausgabe von 1507 mit dem Reichsgesetze von 1532. Die Erfahrungen, welche man während eines Zeitraums von dreiundsiebzig Jahren gemacht hatte, sollten benutzt, die Mängel, welche an dem ursprünglichen Gesetzbuche fühlbar geworden waren, sollten vermieden, und das Ganze zu einem neuen, inner-

---

Fürsten vnd Stenden an jren alten, wolherbrachten, rechtmessigen vnnd billigen gebreuchen nichts benommen haben." Vgl. Klenze Vorrede z. Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1833. S. XIX. Dieser Schriftsteller drückt sich sogar noch stärker aus. Durch die salvatorische Clausel, meint er, sey die Carolina in eine bloße Privatarbeit verwandelt worden, und wenn man dessen ungeachtet späterhin sich an dieselbe „angeklammert" und ihr die Bedeutung eines eigentlichen Gesetzbuchs beigelegt habe, so sey dieses eben nur die Wiederholung derjenigen Erscheinung gewesen, welche schon im dreizehnten Jahrhunderte hinsichtlich des Sachsen- und Schwabenspiegels vorgekommen sey. — Nach der gewöhnlichen Ansicht soll freilich die Bedeutung der salvatorischen Clausel eine ganz andere gewesen seyn. S. besonders Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 30. 31.

lich zusammenhängenden Gusse verarbeitet werden. Daß nun aber die Verwirklichung eines solchen Plans nicht blos für die Kenntniß des Bamberger Rechts, sondern selbst für die Beurtheilung der Carolina von Wichtigkeit ist, ist einleuchtend. Die Carolina wurde von Seiten der Reichsstände niemals einer Ueberarbeitung unterworfen, sondern ihre gesammte Entwicklung und Fortbildung blieb bekanntlich der Particulargesetzgebung, der Doctrin und der Praxis überlassen [25]). Wenn wir nun aber sehen, daß eine solche Ueberarbeitung gerade in dem eigentlichen Heimathlande derselben vorgenommen worden ist, wenn wir finden, daß wenigstens in Bamberg die Mutter der Carolina, und zwar in stetem Hinblicke auf ihre Tochter, eine umfassende Revision erfahren hat, eine Revision, wobei man den bisherigen Fortschritten sowohl der Doctrin als der Praxis die gebührende Beachtung zu schenken suchte: so versteht es sich von selbst, daß wir einer Arbeit dieser Art mehr als eine blos locale Bedeutung beilegen müssen. Die revidirte Bambergensis vom J. 1580 nimmt unter den Quellen, aus denen wir den Zustand des deutschen Strafrechts gegen das Ende des 16. Jahrhunderts erkennen, jedenfalls eine der ersten Stellen ein. Ja es verdient dieselbe diese Stelle nicht blos um deswillen, weil sie in der ursprünglichen Bambergensis eine Reihe von Neuerungen vornahm und namentlich eine Menge von Abweichungen aus der Carolina recipirte, sondern, was ich hier gar nicht weiter ausführen will, ganz in ähnlicher Weise auch um deswillen, weil sie in anderen Punkten die frühere Redaction der Bambergensis beibehielt und die Veränderungen der Carolina als unpraktisch zurückwies.

---

25) Ueber diese Fortbildung der Carolina ist jetzt vor allen zu vergleichen Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 32 ff.

Jedoch auf welche Art ist diese revidirte Bambergensis entstanden; welches sind die nächsten und unmittelbaren Quellen gewesen, aus denen sie, abgesehen von den aus der Carolina selbst entnommenen Bestimmungen, ihre Neuerungen geschöpft hat? Wenn man bisher schon überhaupt der Redaction von 1580 keine Berücksichtigung zu würdigen pflegte, so darf es nicht befremden, wenn man, ich will nicht sagen die Beantwortung, sondern selbst die Aufstellung jener Frage bei allen neueren Schriftstellern vergebens sucht. Und dessen ungeachtet liegt hier wenigstens die Frage sehr nahe. Gleich die Vorrede zu der neuen Redaction lautet nämlich so:

„Wir Johann Georg von gottes gnaden erwehlter vnd bestettigter zum bischoff zu Bamberg. Nachdem vns in angehender vnserer regierung vielfältig fürkommen vnd angelangt, daß in vielen vnsern stätten und flecken, bey den centen, an weyland deß hochwürdigen fürsten, vnsers lieben vorfahrens, bischoff Georgens, deß Geschlechts von Limburg, seeliger löblicher gedächtnuß, außgangenen peynlichen reformation vnd halßgerichtsordnung mangel soll erscheinen, als haben wir derwegen obgedachts vnsers vorfahrens seeligen halßgerichtsordnung vbersehen, in etlichen artikeln auß deß heyligen reichs peynlichen halßgerichtsordnung vnd etlichen alten rathschlägen bessern, vnd die vnsern halßgerichten, denen so dran zuthun, vnd menniglich, so sich dern gebrauchen will, zum besten wiederumb in truck verfertigen lassen, wie volgt."

Also „etliche alte Rathschläge", wie wir wohl von vorn herein annehmen dürfen, verschiedene Urtheile der Gerichte, einzelne Gutachten der Rechtsgelehrten und vielleicht sogar einige neuere Verordnungen der Bischöfe sind es gewesen, welche man hier vorzugsweise berücksichtigt

hat. Daher kommt es denn blos darauf an, diese „alten Rathschläge" zu entdecken, und eben damit natürlich die beste und vollständigste Beantwortung unserer Frage zu liefern. Aber zum Versuch, eine solche Entdeckung zu machen, fühlen wir uns in der That auch durch mehr als eine Rücksicht aufgefordert. Genauer besehen ist es nämlich klar, daß das Interesse, welches jene Rathschläge darbieten, wieder ein doppeltes seyn muß, je nachdem dieselben eben entweder aus der Zeit vor oder nach dem Erscheinen der Carolina herrühren. Ist das letzte der Fall, so beschränkt sich ihre Wichtigkeit (freilich ausschließlich) auf das Verhältniß zur neuen Ausgabe der Bambergensis. Stammen sie dagegen aus der Periode vor der Carolina, so entsteht dann die weitere Frage, ob man nicht schon bei Abfassung dieser selbst etwa jene Rathschläge benutzt hat. Sollte sich gerade die letzte Frage bejahen lassen, so würde die Bedeutung der „alten Rathschläge" begreiflich noch eine bei weitem höhere werden: ihre Entdeckung würde uns nun zugleich eine ganz neue und vielleicht vorzugsweise wichtige Quelle für die Carolina an die Hand geben.

Allein wie anfangen, um eine solche Entdeckung zu machen? Man sollte glauben, daß es nur darauf ankomme, in dem Archive und der Bibliothek zu Bamberg gehörig nachzusuchen, um das Gewünschte sofort zu erhalten. Die Sache ist jedoch nicht so einfach. Herr Bibliothekar Jäck, an den ich mich zu diesem Ende gewendet habe, und der meinem Verlangen mit einer Bereitwilligkeit und Freundlichkeit entgegengekommen ist, daß ich es nicht unterlassen kann, ihm hiemit meinen wärmsten Dank auszudrücken, konnte nichts weiter auffinden, als eine zwar interessante, allein an und für sich betrachtet noch ziemlich wenig bedeutende Handschrift des Königl. Archivs. Ich will diese Handschrift gleich nachher genauer beschreiben.

Ueberdies aber wurde mir durch die Güte desselben Herrn Jäck auch ein Exemplar der Brandenburgensis vom J. 1580 mitgetheilt, welches auf der Königl. Bibliothek zu Bamberg (bezeichnet Rc. II. 10.) sich befindet, und auf dessen erstem Blatte eine handschriftliche Bemerkung vorkommt, welche allerdings unsere Aufmerksamkeit verdient. Ich werde diese Bemerkung weiter unten in einer Note mittheilen.

Bei weitem wichtiger dagegen und in der That von einer Bedeutung, die sich nicht leicht zu hoch anschlagen läßt, ist ein Manuscript auf der Universitätsbibliothek in Zürich. Dieses Manuscript führt die Ueberschrift: „Correctorium in der Bambergischen neuen Halßgerichtsordnung." Seinem Inhalte nach besteht dasselbe aus einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen und einzelner Verordnungen des Bischofs zu Bamberg, wodurch, gewöhnlich mit ausdrücklicher Verweisung auf die Halsgerichtsordnung vom Jahr 1507, entweder der Sinn dieser Halsgerichtsordnung genauer erläutert, oder später empfundene Lücken derselben ergänzt, oder endlich einzelne in ihr enthaltene Vorschriften zurückgenommen und durch Novellen ersetzt werden. Vergleicht man dieses Correctorium mit der neuen Redaction der Bambergensis vom J. 1580, so ist vor allem so viel gewiß, daß uns gerade in ihm jene „alten Rathschläge" vorliegen, von denen die Vorrede zu dieser Redaction redet. Aber noch mehr: die einzelnen Vorschriften des Correctoriums fallen durchgängig in diejenige Periode, welche zwischen dem Erscheinen der ersten Bambergensis und der Publication der Carolina in der Mitte liegt; und so entsteht denn die weitere, bereits vorhin aufgeworfene Frage, ob diese Bestimmungen oder „alten Rathschläge" nicht vielleicht von den Redactoren der Carolina selbst benutzt und wenigstens theilweise recipirt worden sind. In der That beweist uns schon ein flüchtiger Blick, daß diese Frage bejaht werden muß. Von mehreren Artikeln der

Carolina, welche von der ursprünglichen Bambergensis abweichen, läßt es sich auf das allerbestimmteste darthun, daß sie beinahe wörtlich und buchstäblich aus dem Correctorium abgeschrieben sind. Manche andere Bestimmungen, welche zwar nicht in die Carolina aufgenommen wurden, haben den Redactoren derselben wenigstens Veranlassung gegeben, den Text der ursprünglichen Bambergensis, dessen Unzweckmäßigkeit nun einmal durch das Correctorium anerkannt war, durch irgend einen andern Versuch zu verbessern. Ja selbst in denjenigen Stücken, wo das Correctorium gar nicht die Absicht hatte, eine wirkliche Neuerung herbeizuführen, sondern wo es lediglich um Erklärung und Erläuterung sich handelt, erscheint dasselbe mindestens in sofern auch für die Carolina von Bedeutung, als diese Erklärung und Erläuterung eben auf Artikel sich bezieht, welche in die Carolina selbst gerade aus der ursprünglichen Bambergensis übergegangen sind.

Jedoch bevor ich mich zu einer näheren Darstellung des Inhalts des Correctoriums wende, muß ich das fragliche Manuscript etwas genauer beschreiben. Dasselbe befindet sich, wie gesagt, auf der Universitätsbibliothek in Zürich, und zwar als Anhang zu einem Exemplar der Schöffer'schen Ausgabe der Bamberger Halsgerichtsordnung, Mentz vff mitfasten 1508 [26]). In diesem Exem-

---

26) Sollte es richtig seyn, was ich oben als möglich ausgesprochen habe, daß dieses Züricher Manuscript das nämliche sey, wovon Hohbach (Archiv 1844. Nr. VIII.) einen Auszug geliefert hat, so müßte dasselbe in der Zwischenzeit, ehe es hierher gekommen ist, von den übrigen Stücken, welche nach Hohbach a. a. O. S. 234. Not. 2. damit zusammengebunden seyn sollen, getrennt worden seyn. Und das wäre auch recht gut denkbar. Bevor dasselbe seinen heutigen Einband erhalten hat, war es blos mit einem papiernen und zwar ganz neuen Umschlage versehen, der begreiflich sehr leicht erst nach jener Trennung entstanden seyn könnte. Vielleicht meinte der Antiquar gerade durch ein solches Auseinanderreißen der einzelnen Stücke für eine bessere Verwerthung derselben zu sorgen.

plar (bezeichnet II. D. 1.) fehlt jedoch sowohl das Titelblatt als das Register, und es beginnt dasselbe erst mit dem bekannten Holzschnitte, das jüngste Gericht darstellend. Diese Lücke ist handschriftlich ergänzt, und von derselben Hand ist denn auch das Correctorium in der Bambergischen neuen Halßgerichtsordnung geschrieben. Am Ende des Exemplars nämlich sind von ganz gleichem, nur durch das Wasserzeichen verschiedenen Papiere 19 Blätter beigebunden, von denen die 14½ ersten das Correctorium enthalten; darauf folgen 1½ unbeschriebene Blätter, und die drei letzten endlich sind mit Rechtsgutachten über einzelne Fragen aus der Lehre von den Testamenten angefüllt. Diese Rechtsgutachten [27]), nach dem Geschmacke der damaligen Zeit mit Citaten aus dem römischen Rechte, aus den Schriften der Glossatoren und Postglossatoren, namentlich aus Bartolus, wahrhaft überladen, haben hier kein Interesse für uns. Was dagegen den ersten Theil des Manuscripts, das Correctorium, betrifft, so ist darüber Folgendes zu bemerken. Vor allem ist es klar, daß dasselbe eine bloße Copie ist und nicht das Original. Es ergiebt sich dieses schon daraus, daß das ganze Manuscript, obgleich seinem ganzen Inhalte nach aus sehr verschiedenen Jahren herrührend, offenbar von derselben Hand und mit derselben Tinte geschrieben ist: wo möglich noch bestimmter aber daraus, daß eine Note, welche Schwarzenberg selbst, in seiner Eigenschaft als Bambergischer Hofmeister zu einer einzel-

---

27) Es sind im Ganzen drei, mit folgenden Ueberschriften: 1) Wie ein geschefft oder testament, vnd von welchem auch, durch was vrsach das anzufechten vnd zuwidertreiben sey. 2) Welche jren letzten Willen oder geschefft im rechten zu machen habenn oder nit. 3) Ob ein geschefftiger sein erst geschefft vnnd testament durch sein ander testament vnd geschefft, ob halt von dem ersten mit meldung geschieht, zuwiderruffenn habe.

nen, unter Nr. 12. enthaltenen, Verfügung nachgetragen hatte, nicht, wie dieses auf dem Original der Fall gewesen seyn muß, an der Seite oder am Ende dieser Verfügung, sondern, wahrscheinlich bei dem betreffenden Randzeichen gleich in den Text eingeschaltet ist. Betrachtet man die vorhin erwähnte, augenfällig von derselben Person herrührende, Ergänzung des Titels und des Registers zu dem bezeichneten Exemplar, so kann es keinen Zweifel leiden, daß irgend ein früherer Besitzer desselben es für seinen Gebrauch completiren, und somit namentlich auch die später erschienenen, recht eigentlich praktischen Novellen, das Correctorium, nachtragen wollte. Die Handschrift selbst ist eine gewöhnliche, nur sehr unbedeutende Abbreviaturen enthaltende, Kanzleischrift aus der Mitte oder der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts. Daß dieselbe nicht jünger als das Jahr 1580 seyn kann, ergiebt sich auch daraus, daß nach diesem Jahre, wo ja schon die revidirte Bambergensis erschienen war, es sich kaum mehr der Mühe gelohnt hätte, auf ein älteres Exemplar noch eine solche Sorgfalt zu verwenden: jedenfalls würde es jetzt zweckmäßiger gewesen seyn, die Veränderungen der neuen Redaction gleich selbst aufzunehmen. Die Ueberschriften der einzelnen Stücke sind mit kräftiger und gleichmäßiger Fractur geschrieben. Auf der vollen Seite stehen 29 Zeilen. Der ziemlich breite weiße Rand ist oben und auf den beiden Seiten durch Linien abgegränzt. Die einzelnen Blätter sind weder foliirt noch paginirt. Ja selbst die einzelnen Stücke sind nicht durch besondere Zahlen, sondern blos durch die Fractur der Unterschriften und durch einen größeren oder kleineren Zwischenraum von einander getrennt. Der größeren Bequemlichkeit wegen werde ich jedoch diese Stücke nach fortlaufenden Nummern anführen.

So viel über die äußere Form der Züricher Handschrift. Nun noch ein Paar Worte über die Handschrift des Königl. Archivs zu Bamberg. Daß mir von dieser nicht das Original, aber eine diplomatisch getreue Abschrift vorliegt, habe ich schon oben (Not. 16.) gesagt. Hiernach ist die Handschrift in einem (unbezeichneten) Manuscriptenfascikel enthalten, welcher aus 44 Blättern besteht: das erste Blatt und die 2 1/2 letzten Blätter sind unbeschrieben. Dieser Fascikel enthält drei verschiedene Stücke, wovon uns jedoch hier blos das erste interessirt. Das zweite Stück enthält den bekannten Passauer Vertrag vom J. 1552 auf 16 Blättern, das dritte Stück die bereits (Not. 16.) angeführte Hofgerichtsordnung vom J. 1497 auf 8 1/2 Blättern. Was dagegen das erste Stück betrifft, so umfaßt dasselbe 16 Blätter, und enthält, ohne gemeinschaftlichen Titel, folgende Theile. Den Anfang machen zwei Bestimmungen über die Bestellung des Nachrichters zu Bamberg und über den Beitrag der einzelnen Gerichtsbezirke (Aemter) zu dem s. g. Henkergelde: diese beiden Bestimmungen finden sich auch in dem Züricher Manuscripte unter Nr. 14. 15., jedoch mit einigen Abweichungen in der Lesart. Darauf folgt eine Verordnung des Bischofs Georg vom J. 1515, wodurch der Art. 202. der Bambergensis theilweise modificirt wird: diese Verordnung steht ebenfalls in dem Züricher Manuscripte, nur macht sie hier gerade den Anfang. Dagegen enthält aber die Bamberger Handschrift einen Zusatz, welchen ich nachher, bei Besprechung dieser Verordnung, in einer Note mittheilen will. An diesen Zusatz reiht sich das ausführliche Rechtsgutachten eines Doctor Eustachius Stainmez, welches 4 Blätter einnimmt und die Ueberschrift führt: „Rathschlag wie ein briffelscher peinlich gestraft werden möge.“ In diesem Gutachten sind eine Menge römischer Gesetzesstellen allegirt und mitunter wört-

lich (freilich oft zum Lächerlichen fehlerhaft) ausgeschrieben: ich habe es für überflüssig gehalten, dasselbe hier abdrucken zu lassen [28]). Hierauf folgt: „Die gerichtschreiber an die peinlichen gericht zum Khupferberg betreffennt"; ebenfalls ohne Bedeutung. Dagegen kommen nun zwei einzelne Criminalfälle, der erste eine Bigamie, der andere eine Blutschande betreffend, welche ich als Anhänge zu Nr. 10. des Correctoriums in die Noten aufgenommen habe. Den Schluß dieses ganzen Stücks machen zwei Instructionen über das prozessualische Verfahren auf 6 Blättern. Die erste hat die Ueberschrift: „Halßgerichtsordnung deß zentgerichts zu Gerolzhoven, wie sich der fürsprech anstat des clegers bedingen, vnd auch welchgestalt die frag an richter vnd vrtheiler beschehen sollen"; die zweite: „Item das ist die ordnung eines gestrengen gerichts über einen oder mehr übeltheter nach herkommen vnd gewonheit deß flecks hen." Auch diese beiden Instructionen, weil sie am Ende nur die bekannten Formeln über das Andingen der Fürsprecher und die Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichts enthalten, glaubte ich weglassen zu müssen.

---

28) Allerdings haben solche Gutachten um deswillen ein besonderes Interesse, weil wir aus ihnen die Art und Weise kennen lernen, wie von Seite der damaligen „Rechtverständigen", auf deren Rath und Belehrung in den Schwarzenbergschen Arbeiten fast beständig zurückverwiesen wird (P. G. O. Art. 7. 28. 72. 81. 91. 105. 106. 109. 111—114. 117—119. 123. 127—129. 131—134. 136. 142—144. 146—148. 150—153. 160. 161. 164—166. 168. 169. 172. 173. 176—180. 219.), von dieser Stellung Gebrauch gemacht und, nach der ganzen romanisirenden Richtung jener Zeit dazu benutzt worden ist, um den fremden Rechten, welchen freilich schon Schwarzenberg ein sehr weites Thor geöffnet hatte (Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 22—29.), immer größere Verbreitung und Anerkennung zu verschaffen: allein im Allgemeinen haben diese Arbeiten doch viel zu viel Aehnlichkeit mit einander, als daß es sich der Mühe lohnte, die Zahl der bereits bekannten (Wächter a. a. O. S. 97—99. Derselbe im Arch. d. Crim. R. 1837. S. 78—84.) noch um eine einzelne zu vermehren.

Ich wende mich jetzt zu dem Inhalte des Züricher Manuscripts. Von den zwanzig Stücken, aus denen dasselbe besteht [29]), enthalten drei (Nr. 1. 4. 7.) eigentliche Verordnungen des Bischofs Georg III., wodurch auf unmittelbar legislativem Wege Veränderungen in der kurz vorher erschienenen Bambergensis gemacht werden sollten. Von einem vierten Stücke (Nr. 3.) ist dasselbe Verhältniß zwar wahrscheinlich, aber doch nicht bestimmt ausgesprochen, und von einem fünften (Nr. 19.) ist es zwar ausdrücklich bemerkt, daß es von dem Bischofe herrührt, allein leider ist dasselbe nicht seinem ganzen Inhalte nach, sondern blos auszugsweise mitgetheilt. Bei weitem der größere Theil des Manuscripts dagegen enthält Excerpte aus den Gerichts- und Rathsprotokollen. Diese Excerpte sind jedoch wieder von doppelter Art. Die meisten (Nr. 6. 8. 9. 14—18. 20.) haben einen allgemeinen Inhalt, d. h. es sind Instructionen, an welche sich die Richter überhaupt halten und ihren Entscheidungen zum Grunde legen sollten. Die übrigen (Nr. 5. 10—13.) beziehen sich auf einzelne Fälle, welche entweder wegen ihrer faktischen oder rechtlichen Verhältnisse von besonderer Wichtigkeit zu seyn schienen.

Was die Zeit betrifft, in welcher diese verschiedenen Stücke entstanden sind, so ist blos bei zwölf (Nr. 1. 5—8. 10—15. 19.) ein bestimmtes Datum angegeben. Das älteste ist vom 24. Juni (sand Johans tag sunwenden) 1507, das jüngste vom 14. September (freitag exaltacionis crucis) 1515. Daß jedoch auch die übrigen, nicht datirten Stücke ebenfalls in diese Zeit fallen, läßt sich

29) Hohbach a. a. O. S. 236. nennt blos sechzehn Stücke. Allein es erklärt sich dieses daher, daß er eben zwei Stücke (Nr. 9. 12.) absichtlich übergeht, zwei andere (Nr. 14. 15.) blos als ein einziges anführt (S. 270.), und ein fünftes (Nr. 2.), welches er sogar selbst abdrucken läßt (S. 235.), bei seiner Zählung nicht mitrechnet.

schon daraus schließen, daß die wirklich datirten fast ohne Ausnahme in chronologischer Ordnung auf einander folgen, so daß denn blos hinsichtlich des letzten Stücks gezweifelt werden könnte, ob dasselbe nicht bedeutend später gesetzt werden müsse, als das unmittelbar vorhergehende (Nr. 19.), welches am 26. Juli (sambstag nach sandt Jacobs tag) 1511 erschienen ist.

Allein dabei entsteht noch eine andere Frage. Auf welche Weise läßt es sich erklären, daß alle diese Stücke vereinigt und unter dem gemeinschaftlichen Titel Correctorium ꝛc. zusammengefaßt worden sind? Ein eigenes Stück (Nr. 2.) des Manuscripts scheint hierauf die befriedigendste Antwort zu geben. (Hohbach a. a. O. S. 235.) Wiewohl, heißt es hier, bei Abfassung der Halsgerichtsordnung mit möglichster Sorgfalt verfahren worden ist, so läßt sich doch erwarten, daß in der Anwendung vielleicht die eine oder die andere Verbesserung, oder jedenfalls die eine oder die andere Erklärung nothwendig werden dürfte. „Dieselbig erclerung oder pesserung", wird dann hinzugefügt, „so offt die gescheenn, sollen in die nachuolgendenn vnbeschriebenn pletter verzeichent, vnnd zu yeder der selbigenn erclerung oder pesserung geschriebenn werden, durch weß beuelh vnnd rat die beschlossenn sey: vnd ist vmb richtiger schneller findung willen kunfftiger beschloßner pesserung vnnd erclerung am end dits büchleins ein sunder register geordennt." Hiernach, sollte man glauben, sey das Verfahren eben genau dasselbe gewesen, wie wir es bei der Entstehung oder Fortbildung so mancher anderen Rechtsbücher sehen, und wie wir namentlich wissen, daß auch das älteste Stadtbuch von Bamberg zu Stande gebracht worden ist [30]): die wichtigeren Beschlüsse und Urtheile wurden entweder in ein eigens zu diesem

30) Zoepfl das alte Bamberg. R. S. 31.

Zwecke angelegtes Buch, oder, wenn bereits eine Aufzeichnung des bestehenden Rechts vorlag, in die hiefür gewöhnlich gleich angebundenen weißen Blätter [31]) eingetragen; in sofern dann kein Raum zu weiteren Aufzeichnungen übrig blieb, oder in sofern irgend ein anderer Grund dieses wünschenswerth machte, nahm man entweder eine neue Redaction des schon vorhandenen oder, in dessen Ermangelung, die ursprüngliche Abfassung eines eigentlichen Rechtsbuchs selbst vor. Sonach scheinen wir uns die Entstehung des Correctoriums in der Art denken zu müssen, daß, weil ja das älteste desselben noch in das Jahr 1507 fällt, gleich in dem nämlichen Jahre, wo die neue Halsgerichtsordnung zu Stande gekommen war, auch der Plan zu dessen Anlegung gefaßt wurde; und blos das könnte allenfalls ungewiß bleiben, ob zu diesem Zwecke schon in der officiellen Ausgabe der fraglichen Halsgerichtsordnung oder wenigstens in den beiden für den Bischof und die Kanzlei bestimmten, auf Pergament gedruckten Exemplaren [32]) die erforderliche Anzahl freier Blätter beigebunden war, oder ob vielmehr das Ganze in ein besonderes Buch geschrieben werden sollte. Allein so einleuchtend diese Erklärung scheinen mag, so halte ich dieselbe dessen ungeachtet für verwerflich. Wäre sie richtig, so müßten natürlich alle einzelnen Stücke in vollkommen und durchaus streng chronologischer Ordnung aufgenommen seyn. Allein dieses ist wenigstens in dem vorliegenden Manuscripte nicht der Fall. Gerade das jüngste Stück, die Verordnung vom 14. September 1515, macht hier sogar den Anfang, und erst bei den folgenden Stücken ist, freilich mit Ausnahme von

---

31) S. z. B. Förstemann die alten Gesetze der Stadt Nordhausen, in Neue Mittheilungen des Thüringisch-Sächsischen Vereins für Erforschung des vaterländischen Alterthums. Bd. III. Hft. III. S. 39. Not. **.

32) Roßhirt Gesch. u. System I. S. 235. 236.

zweien (Nr. 14. 15.), eine solche Ordnung eingehalten. Nun ließe sich zwar sagen, daß das Manuscript ja eine bloße Abschrift, nicht aber das Original selbst sey, und somit jene Ungenauigkeit wohl auf Rechnung des Abschreibers gesetzt werden könne. Allein ich zweifle, ob man mit dieser Bemerkung ausreichen möchte. Wie sollte sich ein auch nur halbwegs stichhaltiger Grund denken lassen, der den Abschreiber veranlaßt hätte, seine Arbeit von hinten anzufangen, den wirklichen Anfang aber, abgesehen von dem Stücke Nr. 2., so ungefähr in die Mitte seiner Copie zu setzen? Das Natürlichste ist gewiß das, daß die Copie eben genau in derselben Ordnung die einzelnen Stücke wiedergegeben hat, in der sie in dem Originale vorkommen; und es bleibt somit nichts übrig, als für diese Ordnung selbst die nöthige Erklärung zu suchen. Diese scheint aber in der That sehr nahe zu liegen. Gerade das erste Stück unseres Manuscripts, die Verordnung vom 14. September 1515, ist diejenige, welche recht eigentlich darauf ausging, ein neues Recht an die Stelle des bisherigen einzuführen. Während alle übrigen Bestimmungen des Correctoriums sich blos als Erklärung oder einzelne Zusätze an die betreffenden Artikel der Halsgerichtsordnung anschließen, hatte jene Verordnung die Absicht, einen Artikel der Halsgerichtsordnung geradezu aufzuheben und sich selbst an dessen Stelle zu setzen. Halten wir aber dieses fest, so scheint es mir sehr begreiflich, daß gerade diese Verordnung auch erst die Veranlassung zur Aufzeichnung des ganzen Correctoriums geworden ist, und eben deswegen denn auch an die Spitze desselben gestellt wurde. Bis dahin mochte man wohl glauben, wie bedeutend immerhin manche Entscheidungen der Behörden und sogar des Bischofs selbst in die Verhältnisse eingriffen, daß durch die bloße Aufbewahrung derselben in den Archiven [33]) und

33) Vgl. Bamb. H. G. O. Art. 227.

durch die gewöhnliche Mittheilung an die betreffenden Gerichtsstellen alles geschehen sey, was zur Sicherung ihrer praktischen Wirksamkeit erfordert werde. Allein jetzt, nachdem man sich in die Nothwendigkeit versetzt glaubte, so tiefeingreifende Novellen zu erlassen, wie die genannte Verordnung vom 14. September 1515 es war, mußte man einsehen, daß das bisherige Verfahren nicht mehr ausreichte, sondern ein neuer Weg, d. h. eben die Anlegung eines förmlichen Correctoriums, eingeschlagen werden müsse. Hatte man sich jedoch einmal hiezu entschlossen, so ist es wieder sehr begreiflich, daß man jetzt nachträglich auch noch alle diejenigen Verordnungen und Entscheidungen in das Correctorium aufnahm, welche, wenn dasselbe gleich anfangs bestanden hätte, in ihm einen Platz gefunden haben würden. Auf diese Weise, glaube ich, muß alles anscheinend Ueberraschende in der Ordnung unseres Manuscripts verschwinden. Die Verordnung vom 14. September wurde, als der Veranlassungsgrund des Ganzen, vorangestellt; darauf folgte die vorhin erwähnte allgemeine Bestimmung (Nr. 2.), daß von nun an überhaupt alle bedeutenderen „Erklärungen und Verbesserungen" aufgenommen werden sollten, und um damit sofort einen Anfang zu machen, wurden nachträglich auch alle schon bisher erschienenen „Erklärungen und Verbesserungen" einregistrirt. Bei diesen Nachträgen hielt man sich im Allgemeinen an die Zeitfolge; allein da ihre strenge Durchführung doch kaum mehr einen praktischen Nutzen hatte, so nahm man es damit nicht so genau, sondern erlaubte sich wenigstens zwei Stücke (Nr. 14. 15.), welche man anfangs übergangen hatte, noch später an einer Stelle einzuschalten, wohin sie ihrer chronologischen Ordnung nach nicht gehörten.

Wenn nun aber diese Ansicht über die Abfassung des Correctoriums die richtige seyn sollte, so entsteht doch wie-

der ein neues Bedenken. Woher kommt es, daß gerade diejenige Novelle, die oftgenannte Verordnung vom 14. September 1515, welche die Veranlassung zu der ganzen Sammlung geworden ist, zugleich auch die jüngste und letzte geblieben ist? Es lassen sich hierauf wohl nur zwei Antworten geben. Entweder nimmt man an, daß das Manuscript defect ist, oder daß spätere Novellen überhaupt nicht erschienen sind. Von diesen beiden Annahmen möchte jedoch die erste die wahrscheinlichere seyn, wenn auch nicht schon um deswillen, weil das in Nr. 2. versprochene Register fehlt, indem dieses ja vielleicht niemals angefertigt worden seyn kann, sondern vielmehr um deswillen, weil es schwer zu begreifen bleibt, daß, während gleich in den ersten Jahren nach dem Erscheinen der Halsgerichtsordnung sich ein so reicher Stoff zur Anlegung eines Correctoriums gehäuft hatte, späterhin, nachdem dieses wirklich angelegt worden war, überhaupt gar nichts mehr erschienen seyn soll, was sich zur Aufnahme in dasselbe geeignet hätte. Dessen ungeachtet aber dürfte es unrecht seyn, wenn man die Lücke hier etwa besonders groß sich denken wollte, und zwar schon aus dem Grunde, weil die Veranlassung zu bloßen „Erklärungen" natürlich um so seltener werden mußte, je länger das neue Gesetzbuch eingeführt war, und je mehr man in dasselbe sich zu finden gelernt hatte. Aber auch noch einen anderen Umstand dürfen wir nicht außer Acht lassen. Ungefähr um dieselbe Zeit, wo die Anlage des Correctoriums beschlossen worden war, wurde das Verlangen nach einer unmittelbar von Kaiser und Reich ausgehenden Reform des Strafrechts immer dringender, und namentlich sind es in den Jahren 1517 und 1518 gerade die Reichsstände gewesen, welche die Vornahme einer solchen Reform immer lebhafter forderten [34]),

---

34) Vgl. Malblank Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung S. 176—180. Waechter ad historiam constitutionis

wenn auch allerdings die wirkliche Ausarbeitung des betreffenden Projects erst im Jahr 1521, die endliche Annahme und Sanction desselben aber sogar erst im J. 1532 erfolgte. Unter diesen Verhältnissen, wo man von Jahr zu Jahr dem Erscheinen eines neuen und, wie sich sehr bald zeigte, gerade auf die Bambergensis zu gründenden Reichsgesetzes entgegensah, mag es sich wohl erklären, wenn man besonders in Bamberg wenig Lust fühlte, mit der bisherigen Halsgerichtsordnung eigentlich bedeutende Veränderungen vorzunehmen, welche späterhin, je nach der Stellung, die diesem Reichsgesetze angewiesen wurde, denn doch wieder entweder hätten aufgegeben werden müssen, oder von welchen man sich wenigstens sagen mußte, daß man sie sehr bald vielleicht mit etwas Besserem werde vertauschen können. Nachdem jedoch die Carolina selbst einmal publicirt war, ist es noch begreiflicher, daß man keine Gelegenheit fand, den Inhalt des Correctoriums besonders zu vermehren. Die einzelnen Neuerungen und Verbesserungen, welche diese gegenüber von der Bambergensis aufstellte, lagen ja in den gedruckten Ausgaben Jedermann vor, und gewiß hatte man sich in der Praxis sehr bald darüber entschieden, welche dieser Veränderungen recipirt und welche verworfen werden sollten, so daß denn ein förmliches Eintragen derselben in das Correctorium — vorausgesetzt daß man sich nicht auf Angabe der betreffendeu Artikelnummern beschränken wollte — als vollkommen überflüssig erscheinen mußte. Manches Einzelne mag allerdings sowohl jetzt als in der Zeit vor der Carolina erlassen worden seyn, was als Zusatz in dem Correctorium nachgetragen wurde; allein sehr viel oder sehr bedeutend dürfte dieses wohl nicht gewesen seyn. Ja

criminalis Carolinae symbolarum pars I. Lipsiae 1835. p. 10—13.

zur Unterstützung dieser Ansicht ließe sich vielleicht auch noch das geltend machen, daß die Vorrede zur revidirten Bambergensis vom J. 1580 unter den von ihr benutzten Quellen gerade alte Rathschläge anführt: ein Ausdruck, welcher allerdings auf sämmtliche „Rathschläge" vor dem Jahr 1580 bezogen werden kann, welcher aber doch, besonders wegen des Gegensatzes zu der unmittelbar vorher genannten Carolina, noch besser von denjenigen Bestimmungen verstanden werden möchte, welche bereits vor der Publication der letzteren erlassen worden waren.

Treten wir jetzt, nach Erledigung dieser Vorfragen, dem Inhalte des Correctoriums näher. Schon nach dem vorhin im Allgemeinen Bemerkten ist es einleuchtend, daß keineswegs alle Stücke desselben unsere Aufmerksamkeit in gleichem Grade oder jedenfalls nicht in gleicher Weise in Anspruch nehmen. In der That lassen sich hier vielleicht bestimmte Rubriken oder Klassen unterscheiden, unter die man die einzelnen Stücke subsumiren kann. Die hervorstechendsten Klassen der Art möchten etwa folgende seyn: Bestimmungen, welche in die Carolina übergegangen sind; Bestimmungen, welche man bei der neuen Redaction der Bambergensis benutzt hat; Erläuterungen, welche zur richtigen Interpretation der ursprünglichen Bambergensis und insofern gewöhnlich auch der Carolina dienen; Zusätze und Ergänzungen zu der ursprünglichen Bambergensis; Entscheidungen einzelner Fälle. Allein freilich bleibt eine solche Abtheilung immer mehr oder weniger willkürlich, und auf jeden Fall darf man nicht vergessen, daß bisweilen ein und dasselbe Stück, je nachdem man gerade diesen oder jenen Gesichtspunkt für den wichtigsten hält, fast eben so gut in die eine wie in die andere Klasse gestellt werden kann, oder daß dasselbe sogar mit dem nämlichen Rechte zwei oder mehreren Klassen zugleich angehört.

Was die erste Klasse betrifft, die Bestimmungen, welche von den Redactoren der Carolina recipirt worden sind, so haben diese, wenigstens in historischer Hinsicht, bei weitem das meiste Interesse. Offenbar den ersten Platz unter diesen Bestimmungen nimmt aber wieder diejenige Verordnung ein, welche in Nr. 4. enthalten ist. (Hohbach a. a. O. S. 244. 245.) Zu den besonderen Indicien des Kindermords zählt die ursprüngliche Bambergensis bekanntlich auch den Umstand, wenn in der Brust der vermeintlichen Mutter sich Milch findet. Dieses Indicium soll nach ihrer Ansicht für die Statt gehabte Geburt ein schlechthin untrügliches seyn, und daher schon für sich allein genügen, um, im Falle des Leugnens, gegen die Angeklagte von der Folter Gebrauch zu machen[5]). In der genannten Verordnung wird nun aber bemerkt, daß dieses ein Irrthum gewesen sey. Von Seiten der Aerzte sey man nachträglich berichtet worden, daß das Vorhandenseyn der Milch, wenn auch als äußerst seltene Erscheinung, selbst ohne vorausgegangene Schwangerschaft und Geburt „aus etlichenn naturlichenn vrsachenn" sich erklären lasse. Aus diesem Grunde solle das fragliche Indicium nicht weiter zur Anwendung der Folter hinreichen, sondern überall, wo trotz dessen die Angeklagte bei Behauptung ihrer Unschuld verharre, solle eine genauere Untersuchung durch Aerzte oder Hebammen veranstaltet und namentlich eine Besichtigung ihrer Schamtheile vorgenommen werden. Diese Verordnung, welcher leider das Datum fehlt, ist

5) Bamb. H. G. O. Art. 44. „Item ob aber das kindlein so kurczlich ertödt worden ist, das der muter die mylch in den brüsten noch nit vergangen sein mag, so ist ein bestendige richtige erfarung derselben myßtat, das die meyde vnd dirnn, so man des verdenckt vnd junckfrawen-sein wollen, an iren brüsten gemolcken werden: welicher dann in den prusten milch gefunden wirt, die muß von nodt wegen ein kindlein gehabt haben, vnd soll peinlich gefragt werden."

nun bei Abfassung der Carolina, und zwar schon gleich bei Abfassung des ersten Projects, fast wörtlich aufgenommen worden. Der angeführte Artikel der Bambergensis (Not. 35.) hat nämlich hier (Art. 36.) folgende Fassung erhalten:

„Item wo aber das kindtlein so kürtzlich ertödt worden ist, daß der mutter die milch inn den prüsten noch nit vergangen, die mag an jren prüsten gemolcken werden: welcher dann inn den prüsten recht vollkommene milch funden wirdet, die hat deßhalb eyn starck vermutung peinlicher frag halber wider sich. Nach dem aber etliche leibärtzt sagen, daß auß etlichen natürlichen ursachen etwann eyne, die keyn kindt getragen, milch inn prüsten haben möge: darumb, so sich eyn dirnn inn disen fellen also entschuldigt, soll deßhalb durch die hebammen oder sunst weither erfarung geschehen."

Und in dieser Fassung ist der Artikel auch in die revidirte Bambergensis vom J. 1580 übergegangen.

Eine zweite Bestimmung des Correctoriums, welche von den Verfassern der Carolina benutzt worden ist, ist folgende. Im Art. 229. der Bambergensis ist von dem Verfahren die Rede, welches bei Tödtungen zur Ausmittelung des s. g. objectiven Thatbestands beobachtet werden soll: in dieser Hinsicht wird aber nichts weiter vorgeschrieben, als daß die Leiche des Erschlagenen, in Gegenwart zweier oder dreier Schöffen, von dem Richter einer besonderen Besichtigung unterworfen, und erst nachdem dieses geschehen beerdigt werde [36]). Diese Vorschrift scheint

36) Bamb. H. G. O. Art. 229. „Item so yemant erschlagen oder ermördt wirdet in unsern halßgerichten, so söllen unser amptlewt und panrichter deßselben unsers halßgerichts, (darinnen die tat geschehen ist,) in gegen zweyer oder dreyer geschworner schöpffen, so sie die gehaben mögen, von dem erschlagen oder ermördten von stundan, ee der begraben wirdet, leibzeichen nemen lassen, wie in demselben stück an yedem halßgericht herkomen und gewonheyt ist."

übrigens sehr bald als ungenügend erkannt worden zu seyn. Das Correctorium kommt an zwei verschiedenen Stellen (Nr. 6. 18.) hierauf zurück, und sucht das Verfahren mit etwas größerer Sorgfalt und Genauigkeit zu bestimmen. (Hoḥbach a. a. O. S. 267. 268.) Vor allem schreibt es vor, daß außer dem Richter und den Schöffen auch noch der Gerichtsschreiber und „die wundertzt desselbenn flecken oder gerichts, die man bequemlich dabey habenn moge", zugezogen werden sollen. Sodann sollen die Wundärzte „alle wunden, streich, stich, schüß oder würff mit vleis besichtigenn vnnd vermercken", zugleich aber „vff jr pflicht ansagen, welche wunden, streich, stich, wurff oder schus jres versteen vnd versehens des entleibten tods vrsach gewest sein mogen." Der ganze Vorgang endlich ist von dem Gerichtsschreiber, „mit meldung were dabey gewest ist vnnd were die wundertzt gewest sind", zu Protokoll zu bringen, und erst jetzt, nachdem alles dieses beobachtet worden, darf die Beerdigung der Leiche vorgenommen werden. Halten wir diese Bestimmungen mit den Veränderungen zusammen, welche der Art. 229. bei seiner Aufnahme in die Carolina erfahren hat, so ist es klar, daß gerade sie es gewesen seyn müssen, welche den Redactoren vor Augen standen, und welche die nächste Veranlassung zu jenen Veränderungen geworden sind. In der Carolina (Art. 149.) lautet der Artikel so:

„Vnd damit dann inn obgemelten fellen gebürlich ermessung vnd erkantnuß solcher vnderschiedlichen verwundung halb nach der begrebnuß des entleibten dester minder mangel sei, soll der richter, sampt zweyen schöffen, dem gerichtschreiber vnd eynem oder mer wundärtzen, (so man die gehaben vnd solchs geschehen kan,) die dann zuuor darzu beeydigt werden sollen, den selben todten körper vor der begrebnuß mit fleiß besichtigen, vnd alle seine empfangene wunden, schleg vnd würff,

wie der jedes funden vnd ermessen würde, mit fleiß mercken vnd verzeychen lassen."

Noch genauer übrigens als dieses in der Carolina geschehen ist, hat man sich bei Abfassung der revidirten Bambergensis an das Correctorium angeschlossen, und dasselbe hier nicht blos seinem Sinne, sondern selbst seinen Worten nach abgeschrieben. Der Art. 229. der revidirten Bambergensis lautet folgendermaßen:

„Item so jemand erschlagen oder ermordt wirdt in vnsern halsgerichten, so sollen vnser amptleut vnd bannrichter desselben vnsers halsgerichts, (darinnen die that geschehen ist,) in gegen zweyer oder dreyer geschwornen schöpffen, so sie die gehaben mögen, von dem erschlagen oder ermördten von stundan, ehe der begraben wird, leibzeichen nemen lassen, wie in demselben stück an jedem halsgericht herkommen vnd gewonheit ist; auch die wundärtzt desselben fleckens oder gerichts, die man bequemlich darbey gehaben, über solchen todten cörper, wo es seyn mag, führen, alle wunden, streich, schüß, stich oder würff mit fleiß zubesichtigen vnd vermercken, darbey auch bey jhren pflichten, welche wunden, streich, stich, würff oder schüß jhres versehens vnd verstands deß entleibten todts vrsach gewesen seyn mögen, anzuzeigen: welches alles ordentlich durch den gerichtsschreiber alsbald, mit vermeldung wer darbey vnd die wundärtzt gewesen, darnach man in außfürung der sachen sich habe zurichten, auffgeschrieben werden soll." [37])

---

37) Der Holzschnitt, welcher diesem Artikel in der ursprünglichen Bambergensis beigegeben ist, ist auch, mit unbedeutenden Abweichungen in der Zeichnung, in der revidirten Bambergensis beibehalten. Vor dem Richter und drei Schöffen liegt die Leiche auf einer Bahre; neben dieser steht an dem oberen Ende der Gerichtsdiener oder Scharfrichter mit einem Stabe, um auf die Wunden zu zeigen. Allein offenbar paßt

Ein ferneres Stück des Correctoriums, welches in die Carolina übergegangen ist, ist Nr. 19. (Hohbach a. a. O. S. 247. 248.) Es handelt sich hier darum, den Begriff des Urphedebruchs, welchen die Bambergensis (Art. 129.) auf eine sehr ungenügende Weise bezeichnet hatte, genauer zu fixiren. Nach den Worten der Bambergensis [38]) blieb es nämlich zweifelhaft, ob das Verbrechen blos dann anzunehmen sey, wenn die fraglichen Handlungen mit Prämeditation, oder auch schon dann, wenn sie im Affecte begangen worden waren. Mit Beziehung auf einen einzelnen Fall, wo der Verbrecher lediglich „aus vnwillen vnnd zorn" die von ihm beschworne Urphede gebrochen hatte, wird nun durch eine bischöfliche Verordnung vom 26. Juli (samstag nach sandt Jacobs tag) 1511 dieser Zweifel dahin erledigt, daß alle in bloßem Affecte verübten Handlungen nicht genügen sollen, um von einem eigentlichen Urphedebruch zu reden und die gesetzliche Strafe zur Anwendung zu bringen. Gerade dieser Gedanke ist es aber, welchen die Redactoren der Carolina recipirt haben. In dem ersten Projecte (Art. 114.) hat man es freilich noch wörtlich bei der Bestimmung der Bambergensis gelassen; allein schon in dem Projecte von 1529, und eben so in der Carolina selbst (Art. 108.) wurde der Zusatz „fürsetzlich vnd freuenlich" aufgenommen [39]), und damit denn natürlich dasselbe angedeutet,

---

diese Darstellung nicht mehr zu dem veränderten Texte der neuen Redaction. Es hätten jetzt noch die Wundärzte und der Gerichtsschreiber aufgenommen werden müssen, der letzte insbesondere in seiner Thätigkeit als Protokollführer, wie wir ihn auf den Holzschnitten zu anderen Artikeln (Art. 56. 74. 265. 270.) finden. Der Zeichner zu der revidirten Ausgabe scheint blos die ihm vorliegenden Muster der früheren Ausgaben copirt zu haben, ohne auf die Veränderungen des Textes Rücksicht zu nehmen.

38) Bamb. H. G. O. Art. 129. . . . „So aber einer ein vruehde prech sachenhalb, darumb er das Leben nit verwürckt

was der Bischof bereits durch seine Verordnung erklärt hatte.

Endlich scheint auch noch eine vierte Bestimmung des Correctoriums für die Redaction der Carolina von Wichtigkeit geworden zu seyn. Ich meine die schon mehrmals erwähnte Verordnung vom 14. September 1515, (Hohbach a. a. O. S. 262. 263.), welche den Anfang des Züricher Manuscripts bildet [40]). Durch diese Verordnung erklärt der Bischof den Art. 202. der Bambergensis, wenigstens hinsichtlich der Strafe, für aufgehoben. Statt der lebenslänglichen Gefangenschaft, welche bisher vorgeschrieben war, soll von nun an die Strafe des Augenausstechens gesetzt werden. Als Gründe für die Veränderung werden hauptsächlich zwei angeführt: der besondere Kostenaufwand, den die frühere Strafe nothwendig mache, und die Gefahr, daß die Gefangenen „aussteigen oder brechenn mogen vnnd furter nochmere beswerung von jn entstet.“ Diese Neuerung selbst ist nun zwar in die Carolina nicht übergegangen; und in der That kann uns dieses

het, der mag als ein meyneydiger mit abhawung der finger gestrafft werden.“

39) P. G. O. Art. 108. . . . „So aber eyner eyn vrphede mit sachen, darumb er das Leben nit verwürckt hat, fürsetzlich vnd freuenlich verbrech, der soll als eyn meyneydiger“ ꝛc.

40) Daß diese Verordnung, nur mit einigen abweichenden Lesarten, auch in dem oben beschriebenen Bamberger Manuscripte vorkommt, habe ich bereits gesagt. Jedoch scheinen diese Lesarten nicht so bedeutend, um sie hier noch besonders abdrucken zu lassen. Was dagegen den gleichfalls schon erwähnten Zusatz des Bamberger Manuscripts betrifft, so enthält dieser ein Verzeichniß aller einzelnen Aemter, denen die fragliche Verordnung mitgetheilt werden sollte. Diese Aemter sind folgende: Teuschniz, Khupferberg, Bamberg, Lichtenfelß, Cronach, Memelßdorf, Schmachtenberg, Eberßperg, Wachenrod, Schönbrunn, Burg Ebrach, Herzogaurach, Höchstat, Vorchheim, Weißman, Ebermanstat, Schelmberg, Senffenberg, Botenstein, Gich, Khunstat, Vilseckh, Holfeldt, Weischenfeldt, Steuffenberg, Obernscheinveldt.

nicht auffallen, da ja die Strafe des Augenausstechens, welche in dem älteren Rechte wenigstens eine nicht ganz unbedeutende Rolle gespielt hatte [41]), jetzt immer seltener wurde [42]), und von der Carolina überhaupt blos hinsichtlich eines einzigen Falles [43]) beibehalten worden ist. Allein dessen ungeachtet war durch die genannte Verordnung das Unpraktische der bisherigen Vorschrift doch so unzweideutig anerkannt, daß man dieselbe wenigstens nicht völlig außer Acht lassen konnte. Es kam blos darauf an, einen anderen Ausweg zu entdecken, wodurch man die Mißstände der ursprünglichen Bambergensis, namentlich den besonderen Kostenaufwand, vermied, ohne gerade zu der Strafe des Augenausstechens seine Zuflucht nehmen zu müssen. Ein solcher Ausweg schien aber ziemlich nahe zu liegen. Man brauchte eben nur vorzuschreiben, daß die Kosten der Gefangenschaft zunächst von dem Gefangenen selbst, in zweiter Linie etwa von dem Ankläger, und erst wegen Unvermögens beider von dem Staate zu tragen seyen, um damit mindestens in der Mehrzahl der Fälle dasselbe zu erreichen, was die bischöfliche Verordnung durch ihre Strafe des Augenausstechens zu bewirken gesucht hatte. Und genau diese Vorschrift finden wir, wenn auch wieder nicht schon in dem ersten Projecte, doch in dem Projecte von 1529 und in der Carolina selbst. Im Art. 176. ist nämlich zuerst der Art. 202. der Bambergensis ziemlich

41) Außer den schon von Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 707. 708. angeführten Stellen, gehören hierher: *L. Baiuvar.* I. 6, 1. *Constitut. Henric. IV.* a. 1103. (Pertz Monum. IV. p. 60.) Augsburger Stadtr. v. J 1276. (Freyberg Sammlung teutscher Rechtsalterthümer. Bd. I. Hft. I. Mainz 1828.) S. 47. 107. Regensburger Stadtr. aus dem 14. Jahrh. (Freyberg Sammlung historischer Schriften und Urkunden. Bd. V. Stuttgart 1836.) S. 55.

42) In der Bambergensis findet sich die Strafe gar nicht. S. jedoch Bamb. H. G. O. Art. 262.

43) P. G. O. Art. 159.

unverändert aufgenommen; darauf kommt aber folgender Zusatz:

„Vnd wo er (der Gefangene) sich von seinen selbs güttern inn solcher gefengknuß zu enthalten nit vermöcht, so soll alßdann durch den ankläger zu seiner enthaltnuß dem büttel sein gebürlich wartgelt, nach ermessung des richters, gegeben werden, vnd er, der ankläger, derhalb zimlichen bestandt thun. Wo nun der ankläger solchen kosten auch nit vermöcht, soll die oberkeyt den selben kosten tragen. So aber der gemelt gefangen inn dem selben oder andern gerichten an seinen güttern als vil hette, dauon obgemelte sein enthaltung vnd verwarung gar oder zum theyl beschehen kündt, die sollen zu derselben vnderhaltung on der oberkeyt verhinderung gebraucht werden."

Nach meinem Dafürhalten kann über die Veranlassung zu diesem Zusatze kaum ein Zweifel seyn. Fast mit derselben Sicherheit, womit wir für die Art. 36. 108. 149. das Correctorium als Quelle zu betrachten haben, können wir dieses auch hinsichtlich jenes Zusatzes thun. Der Unterschied liegt am Ende nur darin, daß, während man dort das Correctorium geradezu abgeschrieben hat, hier blos die Absicht desselben festgehalten, das vorgeschlagene Mittel zu Erreichung dieser Absicht aber mit einem anderen vertauscht worden ist [44].

(Beschluß im nächsten Stücke.)

---

44) Einen eigenthümlichen Weg hat in dieser Beziehung die revidirte Bambergensis eingeschlagen. Sie nimmt in ihrem Art. 202. weder die Verordnung des Correctoriums noch den Zusatz der Carolina auf, sondern hält sich im Allgemeinen an den Text der ursprünglichen Bambergensis. Allein auch diesen Text giebt sie keineswegs genau, sondern wenigstens theilweise mit den Veränderungen, welche er bei seiner Uebertragung in die Carolina erlitten hatte.

VI.

Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten.

Von
Herrn Dr. Albert Friedrich Berner
in Berlin.

I.

Phänomenologische Darstellung der bisherigen Strafrechtstheorien.

Von jeher ist die große Mannigfaltigkeit der philosophischen Systeme als ein Argument benutzt worden, die Unzulänglichkeit des menschlichen Geistes zur Lösung der höchsten Aufgaben, welche sich ihm, wie oft er sie auch zurückweisen mag, immer auf's Neue wieder aufdringen, dem sogenannten Menschenverstande plausibel zu machen. Alles, was nur irgend darüber gedacht und gesagt werden könne, das, meinen sie, sey bereits längst gedacht und gesagt worden. Unter der Sonne geschehe nichts Neues mehr; wie die Natur in ihrem ewigen Kreislaufe dem Auge des aufmerksamen Beobachters immer wieder dieselben Erscheinungen vorführe, und somit durch ihre ununterbrochene

Entwickelung doch nicht von der Stelle rücke: so auch die geistige Welt, wenigstens in Betreff gewisser Gegenstände, und es sey nur Schein und thöricht eitler Wahn, wenn Jemand heut zu Tage glaube, durch sein Denken die Lösung irgend einer jener Aufgaben gefunden zu haben, an denen die hervorragendsten Geister früherer Jahrhunderte, oder vielleicht gar Jahrtausende, vergebens ihre edelsten Kräfte aufgerieben hätten.

Dieser Skepticismus kann leicht auch bei der Betrachtung des hier zu behandelnden Themas Platz greifen, — ja er kann dies nicht blos, sondern er hat sich in der That schon hin und wieder Eines oder des Andern bemächtigt. Und allerdings, wenn man die Masse der bereits aufgestellten Straftheorien als einen Beweis für unsere Unfähigkeit zu einer wissenschaftlichen Begründung des Strafrechtes und des Strafmaßes ansehen will, so ist diese groß genug, um den Glauben zu erzeugen, daß jetzt schwerlich noch etwas Wesentliches aus der Tiefe des denkenden Geistes in das Licht des Tages heraufgefördert werden könne, was nicht schon in jener Masse vorgefunden werde, so daß, wenn das bereits Vorhandene keine genügende Lösung des Gegenstandes darbiete, an eine Lösung überhaupt wohl nicht zu denken sey, außer etwa von einem gänzlich unerfahrenen Neulinge auf der Arena der Wissenschaft, dem die Leistungen seiner Vorgänger mehr oder weniger unbekannt geblieben wären.

Um diesen verderblichen Wahn, der aller freien Forschung einen Hemmschuh in den Weg legt, zu vernichten, ist es vor allen Dingen nothwendig, daß wir die bisher aufgestellten Strafrechtstheorien aus einem andern, als dem üblichen Gesichtspunkte betrachten. Glauben wir nämlich, durch unsere gegenwärtige Arbeit an diesem Thema etwas Erkleckliches leisten zu können, — hegen wir die Hoffnung, durch sie der Wahrheit näher zu kom-

men, oder wohl gar dieselbe ganz zu erreichen: so bleibt uns, wenn wir uns doch nicht für Geister ganz anderer Art halten wollen, als unsere Vorfahren, nichts Anderes übrig, als anzunehmen, daß die vielfachen Bemühungen einer früheren Zeit keineswegs vergeblich und ohne Frucht geblieben sind. Wir haben deshalb in den schon vorhandenen Theorien ein stetiges Fortschreiten, eine allmählige Annäherung an das Ziel zu erkennen, wenn uns bei unserem eigenen Bestreben der Muth des Gelingens, ohne den nun einmal nichts Tüchtiges zu Stande kommt, nicht gänzlich entsinken soll.

Deshalb nun darf die Darstellung der verschiedenen Straftheorien nicht eine bloße Classification, sondern sie muß Phänomenologie derselben werden, das heißt, es ist nachzuweisen, wie jede nachfolgende Theorie immer dadurch einen Fortschritt gegen die vorangehende bildet, daß sie dieselbe bei irgend einem Mangel ergreift und an diesem widerlegt, während sie selbst, die widerlegende, wiederum von einer späteren als mangelhaft erkannt und somit gestürzt wird. Durch dieses negative Verhalten der auf einander folgenden Versuche wird jeder der vorangehenden zu einem vergangenen, zu einer flüchtig vorübereilenden Erscheinung, zu einem Phänomen. Zugleich verschafft uns diese Methode den überaus wichtigen Vortheil, daß wir nicht nöthig haben, jede Theorie in allen ihren Mängeln aufzudecken, — eine Art der Kritik, welche bei jeder andern Betrachtungsweise allein als gründlich und erschöpfend gelten könnte, die aber den großen Nachtheil mit sich führt, daß man bei jeder neuen zu widerlegenden Theorie das schon an der vorigen Gerügte nicht selten wiederholen muß. Nach unserer Auffassung soll jede Theorie immer durch sich selbst die frühere widerlegen, ja eben durch diese Negativität soll die gedankenmäßige Fortbewegung des Ganzen zu Stande kommen.

Jede neue Theorie wird so durch ihre kritische Seite nur diejenigen Mängel der früheren berühren, welche sie selbst vermeidet, während in der Gesammtheit der bei den einzelnen Theorien gegebenen kritischen Bemerkungen dennoch alle zu rügenden wesentlichen Mängel, und zwar ohne lästige Wiederholungen, in einer systematischen Reihenfolge hervorgehoben seyn werden.

Unser endlicher Geist vermag nicht, wie der des Unerschaffenen, die Totalität der Idee in einem und demselben Augenblick zu umspannen. Nur nach und nach kommt uns stückweise die Wahrheit zum Bewußtseyn. Dieses „nach und nach" ist die Zeit. Also innerhalb der Zeit geht unsere Entwickelung vor sich, ja es ist der Begriff der Zeit selbst, der die Basis des Entwickelungsbegriffes bildet. Deshalb wird die geschichtliche Nacheinanderfolge der Theorien mit unserer Darstellung, welche der Entwickelung der Sache selbst nachgehen will, im Allgemeinen coincidiren müssen. Keinesweges ist dies aber eine überall streng bindende Nothwendigkeit. Wenn der ganze phänomenologische Gang in einem und demselben Kopfe seinen Verlauf gehabt hätte, dann wäre eine so genaue Uebereinstimmung des zeitlichen Nacheinander mit dem begriffsmäßigen Fortschritte allenfalls gedenkbar, obschon unwahrscheinlich, da es in der Endlichkeit unseres Geistes liegt, von dem höheren Standpunkte, den er bereits erstiegen hat, auch wohl einmal wieder herabzusinken, oder, durch Nebengedanken von der objectiven Begriffsentwickelung abgelockt, bald hier, bald dort einen Seitenweg einzuschlagen. Diese eiserne Consequenz, welche dem objectiven Gange des fortschreitenden Begriffes Schritt auf Schritt folgt, ohne weder rechts noch links zu blicken, ist nur das Eigenthum eines eben so sehr von der Natur mit kräftigem Verstande

ausgerüsteten, als durch die strenge Schule der Philosophie herangereiften Geistes.

Hiernach wird die phänomenologische Folge der Straftheorie im Allgemeinen wohl, aber nicht überall im Einzelnen mit der geschichtlichen zusammenstimmen.

Es läßt sich ferner bei der phänomenologischen Darstellung einer Reihe von Theorien, welche oft ganz verschiedenen Grundgedanken entsprossen sind, durchaus nicht vermeiden, daß bisweilen einige jener Theorien auf dieselbe Stufe neben einander gestellt werden, so daß diese also gegen einander keinen Fortschritt bilden. Dadurch wird indeß die Fortbewegung der ganzen Entwickelung nicht im allergeringsten gehemmt, denn in diesem Falle bildet doch immer noch die Stufe selbst, als der Inbegriff dieser Theorien, ein progressives Glied in der Kette des Ganzen.

Wollen wir nun zuvörderst das phänomenologische Fortschreiten der relativen Theorien zur absoluten darstellen, nach welchem Principe haben wir zu verfahren? Mit welcher Theorie haben wir anzufangen? Offenbar mit derjenigen, welche der absoluten am fernsten steht, also mit der relativesten. Unter den Strafrechtstheorien, d. h. den Begründungen des Strafrechtes und des Strafmaßstabes, nennen wir aber diejenigen relativ, welche die Begründung auf irgend etwas Anderes, als auf die innere Natur der Strafe selbst, beziehen. Je weiter also dieses Andere von der inneren Natur der Strafe entfernt ist, desto relativer können wir eine auf dasselbe gegründete Theorie nennen. Und was muß der treibende Gedanke in der ganzen Fortentwickelung der relativen Theorien zur absoluten seyn? Sicherlich nichts Anderes, als: Aufhebung aller Relativität. Indem das Relative negirt wird, geht es dem Absoluten zu. Jede relative Theorie kann nur dadurch einen Fortschritt gegen

ihre Vorgängerin bilden, daß sie die Strafe in ihrer Begründung einen Schritt näher zur Präsenz bringt, zur Beziehung auf sich selbst, d. h. zur Absolutheit. Dennoch muß es die absolute Theorie selber seyn, welche sich durch alle diese relativen Theorien hindurch zu sich selbst forttreibt, — denn was das Relative aufhebt, ist schon selbst das Absolute. Somit geht letzlich aus der Phänomenologie der relativen Theorien die absolute hervor, und hebt durch ihr Erscheinen den ganzen relativen Standpunkt auf.

Folgendes Schema würde, nach meiner Ansicht, dem angegebenen Gedanken einer phänomenologisch fortschreitenden Eintheilung der relativen Theorien am meisten entsprechen.

§. 1.

Begründung der Straftheorie
durch Beziehung derselben auf Andere,
als den Verbrecher selbst.

Hieher gehört die alte Abschreckungstheorie.

§. 2.

Begründung der Straftheorie
durch Beziehung derselben auf den
Verbrecher selbst.

A. Durch Beziehung auf künftige Uebertretungen des Verbrechers.
  a. Mittelst Zufügung der Strafe.
    1) Besserungstheorie.
    2) Vertheidigungstheorie.
    3) Präventionstheorie.
  b. Mittelst Androhung der Strafe.
    1) Theorie des psychischen Zwanges.
    2) Warnungstheorie.

B. Durch Beziehung auf das bereits begangene Verbrechen des Uebertreters.

Unter diese letzte Rubrik gehören diejenigen Theorien, welche die Strafe als Ersatz eines idealen Schadens betrachten.

Die alte Abschreckungstheorie (§. 1.) steht nach dieser Tabelle auf der allerniedrigsten Stufe, weil sie die Strafe des Verbrechers als ein Mittel betrachtet, alle Uebrigen abzuschrecken.

Einen wichtigen Fortschritt machen die im §. 2. angeführten Theorien, indem sie den Verbrecher nicht mehr als Mittel für Andere benutzen, sondern ihn, seiner Menschenwürde gemäß, als Selbstzweck behandeln. Alle diese Theorien aber, mit alleiniger Ausnahme der sub B. angeführten, welche die Strafe als Ersatz eines idealen Schadens ansehen, leiden an dem gemeinsamen Mangel, das Strafrecht und den Strafmaßstab auf künftige Verbrechen des Uebertreters zu beziehen (A). Bei den Zufügungstheorien (a) liegt dies offen am Tage. Die Androhungstheorien (b) erkennen diese Relativität als fehlerhaft, und stehen deshalb höher, als jene. Indem sie aber noch die Androhung auf ein erst Zukünftiges gründen, haben sie den Mangel ihrer Vorgängerinnen im Grunde doch nicht.

Innerhalb der Zufügungstheorien nimmt die Besserungstheorie, als jedes Rechtsgrundes ermangelnd, den untersten Rang ein. Die Vertheidigungstheorie aber bietet einen wirklichen Uebergangspunkt zur Theorie Grolmans. Abgesehen nämlich davon, daß Martin, der diese Theorie am vollkommensten ausgebildet hat, das Strafrecht auf die positiven Nothwehrgesetze gründet, welche wiederum erst einer Begründung bedürften, so sind die Bedingungen der Nothwehr bei

Verbrechen gar nicht einmal vorhanden. Nothwehr erfordert eine noch abzuwendende Gefahr; das begangene Verbrechen aber ist ein schon wirklich gewordener Nachtheil. Sehr richtig bemerkt daher Hepp [1], daß nach dieser Theorie nicht ein Recht der Nothwehr, sondern nur Präventionszwang begründet sey; mithin führt sie durch ihre eigene Consequenz zur Präventionstheorie.

Sieht man nun auf den phänomenologischen Fortgang von der Präventionstheorie zur Theorie des psychologischen Zwanges, und von dieser zur Warnungstheorie, so wird sich Jeder leicht selbst sagen, der gedankenmäßige Fortschritt sey ja hier schon dadurch offenbar, daß die Urheber dieser Theorien ihn mit vollem Bewußtseyn anstrebten, daß sie sich in ihrer Polemik und in ihrer Begründung selbst an einander reiheten und daß jeder Nachfolger die Theorie des Vorgängers auch wirklich stürzte.

Feuerbach machte der Grolmanschen Theorie den Vorwurf, daß sie nur von künftigen Verbrechen abschrecke, daß sie den Verbrechen immer erst dann zuvorkomme, wenn bereits eines derselben verübt sey. Auch von dem ersten Verbrechen müsse schon abgeschreckt werden. Da nun aber die Zufügung der Strafe nicht schon eher eintreten kann, als bis das erste Verbrechen begangen ist, so stellte sich hier der richtige Gedanke heraus, daß in künftigen Verbrechen, d. h. in der bloßen Gefahr, noch kein Rechtsgrund der Strafe liege. Der Zweck der Abschreckung von künftigen Verbrechen, den man bei der Strafzufügung aufgeben mußte, wurde nun in die gesetzliche Strafdrohung hineingeschoben. Die Strafzufügung soll sich nach der Theorie des psychischen

---

[1] Kritische Darstellung der Straftheorien, S. 123.

Zwanges auf das gegenwärtige Verbrechen beziehen, und in diesem allein ihre Rechtfertigung finden. Darin liegt der große Fortschritt dieser Theorie. Indem sie jedoch die Strafzufügung auf die gesetzliche Drohung, diese aber wieder auf die Abschreckung von künftigen Verbrechen gründet, so bleibt die eigentliche Basis des Ganzen immer noch die Relation auf künftige Uebertretungen, und hierin liegt der große Mangel dieser Theorie.

Nach der Warnungstheorie, in welche wir etwas tiefer eingehen müssen, hat Feuerbach recht, wenn er den Endzweck der Strafanstalt in die Verhütung der Verbrechen setzt; er hat recht, wenn er als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes die gesetzliche Bedrohung unerlaubter Handlungen mit einem sinnlichen Uebel angiebt. Er betrachtet aber den Menschen zu sehr als ein sinnliches Wesen, macht den freien Entschluß für Recht und Unrecht zum Akt eines psychischen Mechanismus, und hebt durch die hierin liegende deterministische Ansicht die Basis der Imputationslehre auf. Was den Maßstab der Strafbarkeit betrifft, so ist es mangelhaft, das Maß der Strafe von dem Zwecke der Strafdrohung abhängig zu machen. Der subjective Maßstab der Strafbarkeit überwiegt in der Theorie des psychischen Zwanges den objectiven, und auch jener kommt nicht einmal zu seinem vollen Rechte. Ueberdies führt diese Theorie zu einer unverhältmäßigen Härte der Strafen; denn soll die Drohung den Zweck der Abschreckung mit einiger Sicherheit erreichen, so müssen die angedrohten Strafen möglichst groß seyn. Endlich giebt die Feuerbachsche Theorie für die Strafbarkeit culposer Verbrechen gar keinen Maßstab.

Alle diese Mängel vermeidet die Warnungstheorie.

1. Strafwürdig sind nach dieser solche Handlungen, welche sich zur gesetzlichen Bedrohung mit Strafe

eignen. Zu den Erfordernissen der Strafwürdigkeit gehört, daß dergleichen Handlungen die Rechtsordnung gefährden, und daß andere Mittel zur Verhütung nicht ausreichen.

2. Der Zweck des Strafgesetzes besteht in der Warnung Aller vor Störung des Rechtszustandes, mittelst Androhung von Strafen, — eine Warnung, die allen Entstehungsgründen der Verbrechen entgegenwirken soll.

3. Der Maßstab der Strafbarkeit wird unabhängig von dem Zwecke des Strafgesetzes rein aus der objectiven Gefährlichkeit des Verbrechens entnommen. Also: Nicht weil so oder so viel Strafe nöthig ist, um abzuschrecken, muß auch so oder so viel Strafe eintreten, sondern weil das Verbrechen an sich so oder so gefährlich ist, muß auch so oder so hart gestraft werden.

Die Warnungstheorie bezieht hiernach das Strafgesetz auf einen Zweck, nämlich auf die Abschreckung Aller durch die Strafandrohung, aber die Strafe selbst wird nicht der Abschreckung willen, sondern als rechtliche Folge der Drohung zugefügt. Deshalb erscheint — wenigstens nach der Meinung des Urhebers dieser Theorie — die Strafe selbst als ein reiner Akt der Gerechtigkeit, und ist in sofern etwas Absolutes. Der Recensent in der Leipziger Litteraturzeitung vom Jahre 1829 hat zwar hiergegen eingewendet, daß Nichts theils absolut, theils relativ seyn könne. Bauer weiset ihn jedoch mit der Bemerkung ab, daß er die Relativität und Absolutheit auf zwei ganz verschiedene Dinge beziehe, nämlich die Relativität auf das Strafgesetz, die Absolutheit auf das einzelne Strafurtheil. — Der Rechtsgrund der Bestrafung soll in der rechtlichen Drohung liegen.

Faßt man diese Theorie etwas schärfer ins Auge, so löst sie sich sofort in Inconsequenzen auf. Sie soll in Betreff des Strafgesetzes relativ, in Betreff des Strafurtheils aber absolut seyn, und hierdurch die hohe Auszeichnung erlangen, alle Einseitigkeiten der blos relativen und der blos absoluten Theorien zu vermeiden. Was heißt denn aber: Das Strafurtheil ist etwas nicht mehr Relatives, sondern etwas Absolutes? Offenbar doch dies: Es trägt seinen Zweck in sich selbst, ist Selbstzweck. Wie nun steht es in dieser Beziehung mit der Warnungstheorie? Das Strafurtheil, sagt Bauer, wird nicht auf einen Zweck bezogen; es ist Folge der Strafwürdigkeit. Aber was ist denn die Strafwürdigkeit der Bauerschen Theorie? Die Gefährlichkeit! Also hat, wenn das Strafurtheil der Strafwürdigkeit genügen will, dasselbe doch nur zum Zweck: Abwendung der Gefahr. Bauer meint nun zwar [2]), auch nach der eigentlichen absoluten Theorie sey die Bestrafung nicht Selbstzweck, sondern sie bezwecke Vergeltung. Das aber heißt doch offenbar, das Speculative der absoluten Theorie entweder gar nicht sehen, oder leere Sylbenstecherei treiben. Die Strafe ist nach der absoluten Theorie Vergeltung; bezweckt sie daher Vergeltung, so bezweckt sie sich selbst, ist also Selbstzweck. Wer diesen Punkt an der absoluten Theorie übersieht, der sieht von derselben überhaupt gar Nichts, denn in diesem Punkt liegt ja die ganze Theorie selbst. Die Bauersche Begründung des Strafrechts aber ist durch und durch relativ, und trägt nicht die geringste Spur von Absolutheit an sich; wenn daher Bauer die blos absoluten und die blos relativen Theorien für einseitig erklärt, so ist seine Warnungstheorie so einseitig als möglich.

---

2) Die Warnungstheorie rc. S. 281.

Und welchen Strafmaßstab soll der Gesetzgeber aus der Gefährlichkeit entnehmen?? Sollte es irgend einen Verbrecher geben, der so gefährlich wäre, daß der Staat ihn nicht durch Einsperrung in ein sehr angenehmes und zu allen Ergötzlichkeiten eingerichtetes Gefängniß zwingen könnte? Aber das ist zu kostspielig. Nun wohl, den Einwand lasse ich allenfalls bei armen Schelmen gelten; wie aber, wenn ein Rothschild Jemanden todtschlüge? Stände es fest, daß nur die Gefährlichkeit des Verbrechers Strafgrund und Strafmaßstab wäre, so würde ich im Interesse der Humanität vorschlagen: Kauft dem ꝛc. Rothschild ein prächtiges festes Schloß, richtet ihm Alles aufs köstlichste ein, und stellt für sein Geld so viele Soldaten zur Wache, daß er auf keine Weise entkommen kann. Es ist dies noch keinesweges die größte aller Absurditäten, zu welchen man getrieben wird, wenn man Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit identificirt. Nie kann die Strafe ein Akt der Gerechtigkeit seyn, wenn sie auf die bloße Gefährlichkeit gegründet wird. Der Verbrecher wird doch hier im Grunde nie um des Begangenen willen, sondern immer nur wegen eines möglichen künftigen Verbrechens gestraft, — mag man sich drehen und wenden wie man will. Man versuche nur einmal, die Strafe ihrem innersten Grunde nach als ein Uebel für das bereits begangene Verbrechen zu erklären, so wird man sicherlich bei allen diesen sogenannten Verhütungstheorien nicht stehen bleiben können.

Bei dieser Polemik ist mir keinesweges entgangen, daß Bauer die Strafe nicht nach der subjectiven Gefährlichkeit des Verbrech**ers**, sondern nach der objectiven Gefährlichkeit des Verbrech**ens** abmessen will. Aber was ist denn die objective Gefährlichkeit des Verbrechens? Das begangene Verbrechen an sich selbst ist, wie bereits erwähnt, nicht mehr bloße Gefahr, sondern eine schon ein-

getretene Verletzung. Wenn also dennoch von einer Gefährlichkeit des Verbrechens selbst geredet wird, so kann unter dieser nur dasjenige verstanden werden, was die s. g. Abbüßungs- oder Vergütungstheorien den idealen Schaden nennen. Und in der That, wenn die Gesammtheit der Straftheorien sich in Einem folgerichtigen Kopfe entwickelt hätten, so müßte derselbe auf diesem Punkte — namentlich da in den Drohungstheorien schon die Nothwendigkeit anerkannt wird, die Strafe auf das gegenwärtige Verbrechen zu beziehen — zu jenen Vergütungstheorien (B) übergehen.

Nach Klein erzeugt jeder Verbrecher durch seine That in den übrigen Staatsmitgliedern einen Reiz zu Verbrechen; diesen Schaden muß er, gemäß der natürlichen Ersatzpflichtigkeit, wieder gut machen, indem er die Strafe an sich vollziehen läßt, und so durch Abschreckung den Reiz wieder aufhebt. Man sieht es der ganzen Theorie auf der Stelle an, daß sie aus der Zeit der Verhütungstheorien herstammt. Indem sie den wirklich angerichteten ideellen Schaden zum Strafgrunde macht, bezieht sie allerdings die Strafe auf die Gegenwart. Aber sie faßt doch diesen ideellen Schaden auch wieder nur unter dem Gesichtspunkte der Gefahr auf, und hierin liegt noch eine starke Reflexion des Strafgrundes in die Zukunft. Die Kleinsche Theorie neigt sich also noch bedeutend den bloßen Verhütungstheorien zu, aus denen sie eben erst herkommt, und von denen sie den Uebergang zur höheren Stufe der Vergütungstheorie bewerkstelligt hat. Dagegen würde man sie mit dem größesten Unrecht zu der alten Abschreckungstheorie herabsetzen. Allerdings, indem Klein durch die Strafe den Reiz zu Verbrechen in den Anderen aufheben will, setzt er den Zweck der Strafe in die Abschreckung aller Uebrigen. Allein dieser Zweck ist bei ihm nicht Rechtsgrund der Strafe. Letzterer liegt vielmehr

in dem durch den Verbrecher selbst hervorgebrachten idealen Schaden.

Bei Welker erscheint die Theorie des idealen Schadens in ihrer höchsten Ausbildung. Der Schade wird nicht mehr in den bloßen Reiz zur Nachahmung gesetzt, den die Uebertretung erregen soll, sondern er wird in weit umfassenderer Allgemeinheit aufgefaßt. Darum wächst denn auch die Zahl der Zwecke in dieser Theorie bis auf sieben.

Der bedeutende Schritt vorwärts, den diese Theorien gemacht, ist der, daß sie die Strafe auf das gegenwärtige Verbrechen des gegenwärtigen Uebertreters beziehen. Wenn sie nun nicht noch an einem verborgenen Mangel litten, so würde es ihnen gelungen seyn, die Strafe aus aller Beziehung auf Anderes heraus, und zur Präsenz, zur Absolutheit gebracht zu haben. Es liegt aber in ihnen immer noch eine Schiefheit, und zwar eine solche, die, wenn sie erkannt wird, den ganzen relativen Standpunkt über den Haufen wirft. Verbrechen nämlich ist nach dieser Theorie nichts Anderes, als Anrichtung jenes idealen oder intellectuellen Schadens. Somit ist in den idealen Schaden der Begriff des Verbrechens hineinverlegt, und dadurch aus sich selbst hinausgeworfen. Der intellectuelle Schade ist nicht das Verbrechen selbst, sondern nur Folge desselben. Hält man sich nun aber an die verbrecherische Handlung selbst, will man denjenigen ideellen Schaden, in welchem diese Handlung besteht, nicht blos den, welchen sie nur zur Folge hat, aufheben, so entsteht die Forderung einer Theorie, welche nur deshalb straft, weil verbrochen worden ist, d. h. das ganze Gebiet des Relativen liegt hinter uns und wir stehen bereits auf der Brücke zur absoluten Theorie. Weil die Welkersche Theorie so unmittelbar an die absolute angrenzt, so ist es möglich gewesen, daß man sie sogar selbst für absolut hielt.

Der Grundmangel aller relativen Theorien kann hiernach nur darin bestehen, daß sie relativ sind. Diese Relativität oder Bezüglichkeit läuft meistentheils zuletzt auf einen der Strafe selbst äußerlichen Zweck hinaus. Die Strafe wird dargestellt als ein unabweisbares Mittel zur Erreichung eines nothwendigen, an sich rechtlichen Zweckes. Aber wenn doch der Zweck niemals das Mittel heiligen oder gerecht machen kann, so bleibt die Gerechtigkeit der Strafe selbst hierüber gänzlich unerwiesen. Betrachtet man dagegen die Strafe in sich selbst als gerecht, so braucht man ihr gar keinen Zweck weiter beizulegen, denn das Gerechte trägt seinen Zweck in sich selbst, ist sein eigenes Ende und schon durch sich selbst zur Existenz berechtigt: es ist absolut.

Der Gedanke der Zweckmäßigkeit ist bis zu einem gewissen Punkte hin völlig richtig, von diesem Punkte an aber ebenso völlig widersinnig. Alles, sagt man, muß in der geistigen Welt zweckmäßig seyn, wenn es als berechtigt erscheinen soll. Das Unzweckmäßige ist, als solches, das Unvernünftige. Mit dieser unbedingten Forderung einer äußeren Zweckmäßigkeit macht man Alles zum bloßen Mittel. Aber wozu denn alle diese Mittel? Irgend Etwas wird doch das Letzte seyn müssen, und dieses Letzte kann nicht wieder zum bloßen Mittel erniedrigt werden, denn als Mittel würde es über sich selbst hinaus auf ein Höheres weisen, also selbst nicht das Letzte seyn. Jedes Letzte, jedes Ende geht in sich zurück, da es nicht mehr über sich hinweg kann. War also alles Andere Mittel für Anderes, so wird das Letzte Mittel für sich, d. h. Selbstzweck seyn. Nun aber ist die ganze sittliche Idee, deren Eckstein und Fundament die Gerechtigkeit bildet, Selbstzweck; mithin kann auch die Strafe, wenn sie in sich selbst gerecht seyn soll, als solche nicht einem Zwecke unterworfen seyn. Dasselbe

finden wir, wie ich an einem andern Orte zu zeigen versucht, bei der Ehe, so wie überhaupt bei Allem, was einen Theil der sittlichen Idee bildet. Der Verstand aber sträubt sich an dieser Stelle, wie überall, wo der Geist des Menschen auf der Schwelle des Absoluten steht, wie überall, wo es nichts Geringeres gilt, als das Relative und Endliche dahinten zu lassen, um den saltus immortalis in die Unendlichkeit zu thun; er sträubt sich hier, wie überall, wo er sich aufgeben soll — in ein Höheres: die Vernunft!

Nun weiter. — Relativer Theorien kann es so viele geben, als verschiedene Zwecke gedenkbar sind, die man der Strafe unterlegen will. Nach der absoluten Theorie bezieht sich die Strafe nur auf sich selbst; mithin giebt es immer nur Eine absolute, und man kann nur von verschiedenen Auffassungsarten derselben sprechen. Der Zielpunkt, welchen der phänomenologische Fortgang dieser Auffassungsweisen anstrebt, ist der Begriff des Werthes, und diesen hat, meines Erachtens, die Hegelsche Theorie erreicht. Ohne darzulegen, wie die absolute Theorie in ihrer Naturrohheit als Talion erscheint, ohne näher darauf einzugehen, daß Kant noch den äußeren Erfolg zu sehr zum Maßstabe der Strafe macht, ohne Henke's tiefere Auffassung in Betracht zu ziehen, nach welcher der Verbrecher dann hinlänglich und nach dem Werthe seiner Handlung bestraft seyn soll, wenn die Strafe Besserung bewirkt hat, — will ich mir nur erlauben, Hegels Ansicht etwas tiefer zu beleuchten.

Das Verbrechen, die Verletzung des Rechts als Rechts, ist etwas in sich Nichtiges; in dieser inneren Nichtigkeit wird es manifestirt durch die Strafe.

Nichtig ist das Verbrechen in sofern, als es Aufhebung des unaufhebbaren Rechtes seyn will. Dies Nich-

tige wird als das, was es ist, manifestirt, d. h. es wird vernichtet. Die Strafe ist somit Negation der Negation, mithin affirmativ, Affirmation des Rechts.

Ebenso wie bei Kant erscheint auch bei Hegel die Strafe als Vergeltung, aber keinesweges als bloße Talion, wie denn schon die Kantsche Wiedervergeltung durchaus nicht mehr mit der Talion des Mosaischen Rechts und der Zwölf Tafeln identificirt werden darf. Hegel sucht die letzte Spur einer bloßen Talion von seiner Theorie dadurch zu entfernen, daß er in der Bedeutung der Vergeltung den Begriff des Werthes nachweiset, — ein Begriff, der öfter in der Rechtswissenschaft wiederkehrt, und den wir an einem sehr wichtigen speculativen Uebergange, nämlich an dem Uebergange des Tausches in den Kauf, hier veranschaulichen wollen.

Es ist eine bei fast allen Nationen wiederkehrende geschichtliche Thatsache, daß der Kaufhandel den Tauschhandel ablöst. Bei Phöniciern und Carthagern, bei Römern und Griechen, auch bei unseren eigenen Altvordern succedirte der Kauf dem Tausche. Diese historische Nacheinanderfolge spiegelt sich theoretisch wieder in vielen Gesetzbüchern und in den meisten Lehrbüchern des Privatrechts. Ohne Zweifel wäre es eine Widersinnigkeit, in jener regelmäßigen Aneinanderreihung auf dem Boden der Geschichte nur ein launenhaftes Spiel des Zufalls, auf dem Gebiete der Wissenschaft nur ein Erzeugniß subjectiver Willkür erblicken zu wollen. Wir vermuthen vielmehr mit Recht, daß der angegebenen Erscheinung die zwingende Gewalt des Begriffes zu Grunde liege, und daß jener Uebergang also ein objectiver Begriffsübergang sey. Versuchen wir daher, uns denselben zum Bewußtseyn zu bringen.

Es ist im Wesen des Tausches gegründet, daß allemal zwei qualitativ verschiedene Dinge gegen ein-

ander umgewechselt werden. Qualitativ verschiedene Dinge sind aber an sich unvergleichbar, d. h. sie können nicht gegen einander abgewogen werden. Wenn z. B. ein Thier gegen ein Stück Möbel vertauscht wird, so ist gar kein Haltpunkt innerhalb des Begriffes dieser Gegenstände selbst anzutreffen, um zu bestimmen, daß dieser ein Aequivalent sey für jenen. Mithin ist ein verborgener Maßstab bei einem solchen Geschäfte vorhanden; ein unsichtbares Tertium comparationis ist ideell gesetzt, wie etwa die Doppelsterne, die sich einer um den andern drehen, sich ein gemeinsames Centrum ideell setzen, um welches sie kreisen. Dieses Dritte des Vergleiches, dieser über den beiden Factoren, über den beiden Tauschsachen stehende Exponent ist der Werth, und der sichtbare, reale Ausdruck desselben ist das Geld. Alle verschieden benannten Gegenstände bringe ich unter den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes. Das Geld ist somit der Generalnenner aller Dinge, die ganz allgemeine Sache, der existirende Werth. Das Papiergeld z. B. hat an sich selbst gar keinen Werth; es ist die abstrakte Existenz vom Begriffe des Werthes. — Wird nun diese allgemeine Sache, die im Tausche als ideeller Exponent über die beiden zu vertauschenden Sachen trat, reell für eine besondere Sache hingegeben, so haben wir den Begriff des Kaufes. Der Tausch geht also durch den Exponenten, durch den Begriff des Werthes, in den Kauf über.

In diesem Sinne soll der Verbrecher die Strafe bekommen, welche sein Verbrechen werth ist. Die Strafe ist gerechte Vergeltung, indem sie dem Verbrecher den Werth seiner Schuld auszahlt. Schon in dem Worte Vergeltung liegt der Begriff des Geldes, des Werthes.

Die Strafe ist der Lohn des Verbrechens, — dasjenige, was der Verbrecher verdient hat.

Wenn man durch die Haltungslosigkeit der relativen Theorien zur Verzweiflung an der Möglichkeit einer richtigen Auffassung des Begriffes der Strafe gekommen ist, so weilt das Auge, das lange vergeblich und unstät umhergespäht hat, mit Wohlgefallen und ruhevoller Befriedigung auf dieser ebenso schlichten, als gehaltvollen und tiefsinnigen Theorie, und findet dieselbe dem ursprünglichen, unmittelbaren Gefühle, das durch die blos verständigen Raisonnements der relativen Theorien verwirrt wurde, so vollkommen entsprechend, daß sie nunmehr alle Relativität als etwas gänzlich Unberechtigtes bei Seite wirft, um nur das Eine festzuhalten, das allerdings das unwandelbare Fundament des Ganzen war und ist und seyn wird. Dadurch aber begeht man wiederum eine Ungerechtigkeit; auch die relativen Theorien haben ihre Berechtigung, wenngleich nur eine relative. Die Criminalrechtspflege ist — das muß man überall im Auge behalten — ein rechtlich-politisches Institut. Wie die Politik überhaupt das Zweckmäßige verfolgt, und innerhalb der Grenzen des Rechtes auch verfolgen soll, so hat die Wissenschaft den relativen Theorien, welche eben das criminalpolitische Moment vertreten, innerhalb der durch die Gerechtigkeit gegebenen Grenzen ihren begriffsmäßigen Spielraum anzuweisen. Sie kann es, wenn sie nur die Begriffe, um welche es sich handelt, in ihrer ganzen Schärfe und Klarheit auffaßt.

II.

Begriffsmäßige Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten.

Wie die ganze Entwickelung des Rechtes aus dem Volksbewußtseyn hervorgeht, und erst später der denkende Geist mit dem Richtmaße klarer, wissenschaftlicher Erkenntniß das schon Vorhandene näher und besser bestimmt, so verhält es sich auch bei den Strafen. Nimmermehr ist es in der Wirklichkeit aus irgend einer Theorie durch Berechnung abgeleitet worden, welche Strafe der Mord, welche irgend eine andere Unthat verdiene; immer nur sind derartige Bestimmungen aus dem Bewußtseyn der Strafwürdigkeit, wie es in jedem Volke lebte, hervorgegangen. Und wie es weder die Furcht vor der abschreckenden Strafe, noch vor der Schlauheit der Polizei, noch vor irgend einer sonstigen menschlichen Maßregel, sondern die stille, hehre, aber unsichtbare Gewalt des eingeborenen Rechtsgefühles ist, welche, hingelagert über die Herzen Aller, die große Mehrzahl der Menschen von Verbrechen zurückhält: so ist es auch nicht die ohnehin gänzlich unmögliche Berechnung, daß die Strafe für dieses oder jenes Verbrechen so oder so groß seyn müsse, weil so oder so viel Furcht zur Abschreckung erforderlich sey u. dgl. m., sondern das unmittelbare Gerechtigkeitsgefühl, welches so oder so viel Strafe heischt, das ist es und nichts Anderes, welches den Maßstab der Strafen zu allen Zeiten und an allen Orten gebildet hat. Wahre Strafgesetzbücher sind weiter nichts, als getreue Abdrücke dieses im Volke lebenden Bewußtseyns der Strafbarkeit, dieses objectiven Gewissens, welches durch die Wissenschaft wohl ausgebildet, aber nie ersetzt werden kann.

Hilft nun auf dieser Seite die Geschichte der absoluten Theorie zur Beantwortung der Frage aus, welches denn die concrete Erfüllung jenes doch an sich ganz abstrakten Werthbegriffes sey, so scheint anderntheils gerade auch wieder die Geschichte bedeutende Einwände gegen die nämliche Theorie zu erheben. Die absolute Theorie abstrahirt bei der Strafzumessung von allen Nützlichkeitsrücksichten. Nun aber sahen wir, daß die Größe der Strafen für dieselben Verbrechen zu verschiedenen Zeiten verschieden war. Eine solche Erscheinung ließe sich wohl erklären, wenn man eine Herrschaft der relativen Theorien annähme, denn die Umstände, nach welchen die relativen Theorien das Maß der Strafen ordnen, können sich ändern, und ebenfalls zu verschiedenen Zeiten verschieden seyn; aber der Werth des Verbrechens — und nach diesem will ja die absolute Theorie allein und ausschließlich die Strafe bestimmen — ist der etwa nicht zu allen Zeiten derselbe? Höchstens könnte man hiergegen einwenden, die Zeit schreite mit der Bildung und Erkenntniß beständig vorwärts, und durch das Fortschreiten in der Erkenntniß der Strafwürdigkeit könne auch eine Veränderung des Strafmaßstabes Statt finden. Aber dieser Einwand möchte leicht mehr gegen, als für das Zubeweisende sprechen; denn je klarer die Erkenntniß der Strafbarkeit ist, desto sträflicher erscheint der, welcher trotz dieser klaren Erkenntniß dennoch delinquirt. Es müßten also die Strafen mit der gesteigerten Erkenntniß ebenfalls in ihrer Härte gestiegen seyn, während uns doch die Geschichte gerade das Gegentheil zeigt, indem die Strafen bis auf den heutigen Tag im Allgemeinen noch immer an Härte verloren haben, und überall nur in seltenen Fällen, so wie aus ganz besonderen Rücksichten, eine Steigerung von Strafen

einzelner Verbrechen Statt hatte. Auch sehen wir deutlich genug, daß das Steigen und Fallen der Strafen nicht mit der Veränderung des Begriffes vom inneren Werthe der Verbrechen allein oder auch hauptsächlich im Zusammenhange steht, sondern daß auf dasselbe eben jene Rücksichten der relativen Theorien den bedeutendsten Einfluß haben. Namentlich steht es als ein ganz unleugbares Factum fest, daß die Strafen gelinder werden, je mehr die öffentliche Sicherheit — die ja den Mittelpunkt aller relativen Theorien bildet — im Staate erstarkt. Nun kann es aber doch wohl keinem vernünftigen Menschen in den Sinn kommen, die ganze Geschichte hier einer durchgängigen Ungerechtigkeit zeihen zu wollen, und man wird sich also, wie man doch auch durch theoretische Begründung des Strafrechts dem Staate nicht erst die Erlaubniß zu strafen auswirken, sondern nur das schon Vorhandene, das sich doch einmal nicht vertreiben läßt, begreifen will, wahrscheinlich dazu bequemen müssen, nur den Gedanken dieses historischen Factums zu ergründen, um dann das Factum als ein berechtigtes anzuerkennen.

Auch in dem Streite der Theoretiker hat die absolute Theorie keinesweges einen so entschiedenen Sieg über die relativen Theorien vom Kampfplatze davongetragen, als man hätte erwarten können. Die relativen Theorien sind immer auf's neue aufgetaucht, haben sich immer auf's neue geltend gemacht, und durch dieses zähe Beharren ihre Unabweisbarkeit hinlänglich erwiesen. Darum haben auch die neuesten Schriftsteller über unseren Gegenstand alle eine Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten, die wohl ziemlich allgemein anerkannt wird, angestrebt, wenngleich sie hiermit nicht gänzlich zu Stande gekom-

men sind. Was ich hier geben will, wird sich mit anderen Vereinigungsversuchen sehr gut vertragen; es wird dieselben ergänzen, und ihnen — so hoffe ich — in manchen Punkten nachhelfen. —

Wir finden in den Erscheinungen, welche uns die Geschichte vorführt, sowohl die absoluten, als auch die relativen Theorien verwirklicht; wir finden eben so auf dem Gebiete der Wissenschaft diese, wie jene, unabweisbar sich gelten machend. Wenn demnach eine Vereinigung Statt finden muß, wie soll sie gedacht werden? Kann denn wirklich gesagt werden: Du sollst strafen nach dem Werthe des Verbrechens, aber zugleich die relativen Zwecke der Abschreckung, die Besserung u. s. w. der Bestrafung zum Grunde legen? Kann man sagen wollen: Der eigentliche Grund der Strafe ist Vergeltung, aber ihr Zweck ist Abschreckung, Besserung u. s. f. Wahrlich, wer das so ohne Weiteres bejahen wollte, der legte kein sehr günstiges Zeichen von seiner Einsicht an den Tag. Das Begründete nämlich kann doch nicht weiter reichen, als sein Grund. Wenn wir also den Grund der Strafe angeben, so haben wir sogleich auch das Maß derselben. Verbindet man nun mit der Strafe noch Zwecke, so stellt sich, wie Jeder leicht sehen kann, ein bedeutender Uebelstand heraus. Denn der Zweck hat ebensowohl eine maßgebende Natur, wie der Grund. Er läßt sich also nicht als das bloße Posterius der Strafe ansehen, während dieselbe an ihrem Grunde das eigentliche Prius hätte, sondern er macht sich, wie ja auch überall in den relativen Theorien hervortritt, allenfalls zum Prius. Und hierin liegt für eine begriffsmäßige Vereinigung das Centrum aller Schwierigkeiten. Die Strafe, obgleich dem Werthe des Ver-

brechens entsprechend, soll auch Werkzeug zu bestimmten Zwecken seyn; das Werkzeug aber muß den Zweck schon als sein Maß in sich tragen, denn es ist nur Werkzeug durch den ihm zu Grunde liegenden maßgebenden Zweck. Werfen wir, um uns dies zu veranschaulichen, einen Blick auf die organische d. h. mit Werkzeugen versehene Welt. Die Pflanze hat Werkzeuge der Assimilation und Werkzeuge der Fortpflanzung, also Werkzeuge zur Erhaltung ihrer selbst und Werkzeuge zur Erhaltung ihrer Gattung. Das Thier hat ebenso seine Werkzeuge; es besitzt Werkzeuge der Ernährung, der Zeugung, Werkzeuge zum Gehen, zum Sehen, zum Hören u. s. w. Sehen wir nun näher zu, so finden wir: Es liegt der Bildung der Zeugungsorgane eine völlige Einsicht in die Gesetze der Zeugung, den Ernährungswerkzeugen eine völlige Einsicht in die Gesetze der Assimilation und Verdauung zum Grunde. Der Bau der Füße offenbart uns eine völlige Einsicht in die Gesetze der Bewegung. Ueberall liegt der Zweck, dem das Werkzeug dienen soll, schon maßgebend in demselben drin, ja es ist in der organischen Natur der lebendige Gedanke des Zweckes selbst, der, ausgehend vom persönlichen Gotte, die Organe so oder so geschaffen hat. Wie der Bildung des Auges eine vollendete Kenntniß der Optik, der Bildung des Ohres eine vollendete Kenntniß der Akustik schöpferisch innewohnt, so bildet sich aller Orten der Zweckgedanke seinen Stoff ihm selber gemäß, und hält ihn zusammen als das energische immanente Maß desselben.

Wollen wir also der Strafe Zwecke stellen, so haben wir Maß der Strafe an dem Grunde derselben, der sich uns als Vergeltung erwies, und ein anderes

Maß an den Zwecken', welche wir als unabweisbar anerkennen müssen. Wie ist aus diesem Dilemma herauszukommen? Nach meiner Ansicht liegt die Lösung im Begriffe des Maßes selbst.

Der Vergeltungsbegriff soll uns die Größe oder Quantität des sinnlichen Leidens angeben, welches ein Verbrechen verdient [3]). Der qualitative Vergeltungsbegriff soll also im Gebiete des Quantitativen verwirklicht werden, d. h. jene Qualität soll diese Quantität bestimmen. Ueberall wo uns Maße begegnen, da begegnet uns auch dieser Gedanke der quantitirenden Qualität, denn das Maß ist eben nichts Anderes, als Einheit von Qualität und Quantität. Der qualitative Zweckbegriff, welcher im Organe der Hand liegt, bestimmt die Längenverhältnisse, die Breite, die Dicke der einzelnen Gliedtheile, und wenn diese Größen ihrem Begriffe entsprechen, so finden wir in dem Ganzen Maß. Wir wollen noch an einige andere bekannte Beispiele erinnern. Es ist eine gewisse Quantität von Thieren erforderlich, damit der Begriff einer Heerde erreicht werde; der Begriff Heerde ist hier also an die Zahl gebunden. Es ist eine gewisse Quantität Wärme nöthig, damit das Eis seine Qualität verändere und Wasser werde, oder damit das Wasser wiederum seine Qualität aufgebe, um sich in Dampf zu verwandeln. Die Qualität schlägt mit der Veränderung der Quantität um. So ist auch der Begriff der Vergeltung an eine gewisse Quantität des sinnlichen Leidens

3) Ob die Strafe Gefängnißstrafe, oder Zuchthausstrafe u. s. w. sey, das kann in Beziehung auf den maßgebenden Vergeltungsbegriff nur ein quantitativer Unterschied genannt werden.

gebunden, und verändert seine Natur, wird zur Rache oder zur Connivenz, wenn die durch das Vergeltungsmaß bestimmte Quantität überschritten wird.

Es liegt aber in dem Begriffe des Maßes, daß die Quantität einen gewissen Spielraum habe, innerhalb dessen sie sich vermehren oder verringern kann, ohne den qualitativen Begriff, der sich in ihr verwirklicht, aufzuheben. So bleibt das Eis bis zu null Grad Kälte hin immer noch Eis, das Wasser bis zu 80 Grad Wärme hin immer noch Wasser, und geht erst dann in Dampf über. Die Heerde bleibt immer noch Heerde, wenn ich von den hundert Stück Vieh, welche dieselbe vielleicht jetzt bilden, eines, und noch eines, und abermals eines hinwegnehme. Aber überall tritt endlich ein Punkt ein, wo die Quantität nicht mehr verändert werden kann, ohne zugleich die Qualität zu ändern. So bleibt auch die Strafe immer noch wahre Vergeltung, d. h. gerechte Strafe, mag nun die Quantität des sinnlichen Leidens um Etwas vermehrt oder verringert werden. Das empfindet das Volksbewußtseyn sehr wohl. Niemand wird behaupten, daß die Strafe des Verbrechers eine solche seyn müsse, zu der man nicht mehr das Geringste hinzufügen, oder von der man nicht das Geringste mehr abnehmen könne, ohne sofort eine Ungerechtigkeit zu begehen. Natürlich ist dies anders, wenn einmal ein positives absolut bestimmtes Strafgesetz bereits vorhanden ist; in allen übrigen Fällen aber wird es dem Gerechtigkeitsbegriffe, dem Vergeltungsbewußtseyn der Nation, ziemlich indifferent seyn, ob irgend ein Verbrecher auf 1002 oder auf 1003 Tage Zuchthaus verurtheilt werde. Aber das Vergeltungsmaß ist darum nicht weniger im Volksbewußtseyn vorhanden. Es tritt auch hier ein Punkt

ein, wo die Volksstimme, ja wo der Verbrecher selbst sagen muß: diese Strafe ist zu strenge, zu gering, also ungerecht. Die Gesetzgebungen enthalten größtentheils relativ bestimmte Strafnormen, die einen Spielraum zwischen einem Minimum und einem Maximum lassen, und auch hierin bethätigt sich, wenngleich andere Rücksichten dabei ebenfalls in Betracht kommen, der Begriff des Maßes in der angegebenen Weise.

Und so haben wir denn nun den Spielraum nachgewiesen, wo die relativen Theorien innerhalb der Grenzen der gerechten Vergeltung angewendet werden können, ohne daß der speculative Begriff der Strafe gefährdet wird. Wie die Politik überall innerhalb der Grenzen der Gerechtigkeit als berechtigt erscheint, so kann die Strafe nicht blos, sondern sie soll bessern, auf öffentliche Sicherheit abzielen u. s. w., — ja sie kann zu diesen Zwecken sogar erhöht und ermäßigt werden, aber immer nur in soweit, als es die Gerechtigkeit, als es das absolute Strafmaß gestattet.

Sehen wir auf die oben erwähnte geschichtliche Erscheinung, wonach die Strafen mit der größeren Sicherheit gelinder geworden sind, zurück, so müssen wir jetzt sagen: Der Vergeltungsbegriff ist es immer gewesen, der, wenn er auch bisweilen als transscendente Rache über die Grenzen des Gerechten hinausging, doch im Ganzen die gerechte substantielle Strafmasse bestimmte, von welcher der Sicherheitszweck nur den äußersten Höhepunkt, innerhalb der angegebenen Grenzen, näher bestimmte. Innerhalb dieser durch den Begriff des Vergeltungsmaßes selbst gegebenen Grenzen steigen und fallen einzelne Strafen, steigt und fällt

die ganze Strafscala, um sich beständig im Niveau der öffentlichen Sicherheit zu halten. —

Die absolute Theorie giebt hiernach in dem Strafmaße gleichsam den festen, massiven Grundton an, während die relativen nur in leichten Akkorden nebenbei tönen und sich mit jener in Harmonie zu setzen suchen. Weil aber die relativen Theorien bei der Strafzumessung nicht selten den letzten Ausschlag geben, indem sie die im Großen schon feststehende Strafe letzlich näher bestimmen, so entsteht für den oberflächlichen Beobachter leicht der falsche Schein, als ob sie überhaupt den tieferen Strafgrund enthielten.

Halle,
Gebauer - Schwetschkesche Buchdruckerei.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

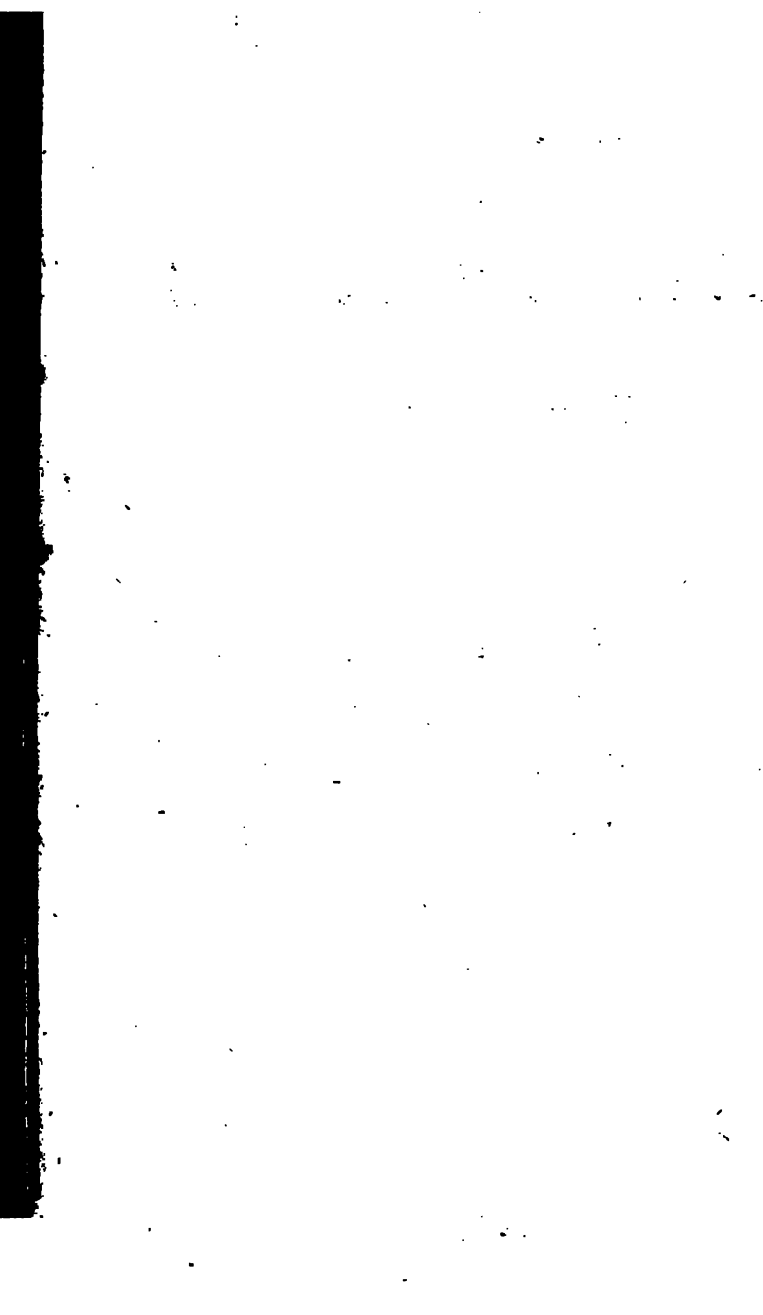
von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau, C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
J. M. F. Birnbaum in Gießen, C. G. v. Wächter in Tübingen,
A. W. Heffter in Berlin, H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1845.
Zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1845.



Inhalt.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1845. Zweites Stück.

VII.

Beitrag zur Geschichte der Quellen des deutschen Strafrechts.

Das Correctorium zur Bamberger Halsgerichtsordnung.

Von
Herrn Dr. Gustav Geib,
Professor in Zürich.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. V. im vorigen Hefte.)

Auf diese Weise dürfen wir jetzt mindestens so viel für ausgemacht halten, daß durch Auffindung des Correctoriums eine ganz neue Quelle entdeckt ist, aus der die Redactoren der Carolina geschöpft haben [45]). Allein vielleicht

45) Noch eine andere, bisher ebenfalls übersehene Quelle der Carolina will A. Hye Beitrag zur österreich. Strafrechtsgesch. (Wien 1844.) S. 12. aufgefunden haben. Es soll dieses

dürfen wir noch einen Schritt weiter gehen, und eben deswegen, weil das Correctorium eine Quelle der Carolina geworden ist, auch auf die Personen, welche bei Abfassung der letzteren thätig gewesen sind, einen Schluß ziehen. Die Frage, ob es Schwarzenberg selbst war, welcher bei Umschmelzung seiner ursprünglichen Arbeit, der Bambergensis, in die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. mitgewirkt hat, muß bekanntlich bis auf den heutigen Tag als eine mehr oder weniger unbeantwortete gelten. Selbst der neueste Schriftsteller, dem wir über das Leben und die sonstige Thätigkeit Schwarzenberg's so höchst interessante Aufschlüsse verdanken, hat uns in dieser Hinsicht blos Vermuthungen gegeben [46]). Was wir hier wissen ist eigentlich nichts weiter, als daß Schwarzenberg, nachdem bereits im J. 1521 auf dem Reichstage zu Worms, und zwar unmittelbar von den versammelten Ständen, das erste Project zu der peinlichen Gerichtsordnung ausgearbeitet worden war [47]), im Laufe des Jahres 1522 in das s. g. Reichsregiment eintrat [48]). Eben so wissen wir, daß jenes erste Project zur nochmaligen Revision an dieses Reichsregiment verwiesen wurde [49]), und daß dasselbe seinem

---

Maximilian's I. Landgerichtsordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns vom J. 1514 seyn. Ich zweifle jedoch sehr, ob diese Behauptung irgend einen sonstigen Vertheidiger finden wird: mir scheint sie entschieden falsch.

46) Herrmann Johann Freiherr zu Schwarzenberg S. 68. 69.

47) Waechter Symbol. ad histor. constit. crim. Carol. p. 13.

48) Herrmann a. a. O. S. 62. 63.

49) Reichsabsch. von 1521. §. 17. „Darzu so befehlen wir hiemit unserm stadthalter und räthen, daß sie die peinliche gerichts-ordnung, wie die allhie mit rath der ständen in ein form und begriff gestellt, für handen nehmen, weiter nach nothdurfft ermessen und erwegen, und fürter an unser statt, dem rechten und billigkeit gemäß, im heil. reich auffrichten, und sich der zu halten allenthalben im reich verschaffen und verfügen."

Auftrage in der That nachkam [50]). Unter diesen Verhältnissen läßt es sich nun allerdings vermuthen, daß gerade Schwarzenberg, bei seinem Interesse für die Sache und bei seinem überwiegenden Einflusse in dem Regimente überhaupt [51]), es wohl nicht unterlassen haben wird, bei Vornahme jener Revision auch wirklich persönlich mitzuwirken: allein mehr als eine Vermuthung ist dieses eben doch nicht, und einen positiven Beweis hat hier selbst Herrmann (Not. 46.) nicht zu liefern vermocht. Jedoch für nicht viel weniger als für einen solchen Beweis möchte es vielleicht zu halten seyn, wenn wir sehen, daß gerade unser Correctorium bei der Abfassung der Carolina nicht nur benutzt, sondern im buchstäblichsten Sinn abgeschrieben worden ist. Daß die Bambergensis selbst, welche bereits in einer bedeutenden Zahl gedruckter Exemplare vorhanden war, sowohl von den versammelten Ständen im J. 1521, als späterhin von den Mitgliedern des Reichsregiments gebraucht werden konnte, ohne daß es hiezu einer directen Vermittlung von Seite der Bamberger Behörden bedurfte, ist augenfällig. Allein ganz anders verhält es sich mit dem Correctorium. Dasselbe existirte blos im Manuscripte, und ohne Zustimmung, ja ohne ausdrückliche Mitwirkung des Bischofs oder seiner Beamten war es fast unmöglich, an eine Benutzung desselben zu denken. Eben deswegen können wir denn aber auch umgekehrt sagen: überall, wo sich eine solche Benutzung zeigt, muß nothwendig eine Thätigkeit von Seite Bambergs, und zwar, wenn nicht des Bischofs selbst, ohne Zweifel von Seite seines ersten Beamten, des Hofmeisters von Schwarzenberg, Statt gefunden haben. Und da wir nun

---

50) Herrmann a. a. O. S. 68.

51) Vgl. Ranke deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation II. S. 55.

weiter wissen, daß Schwarzenberg Mitglied des Reichsregiments war als dieses die ebengedachte Revision des ersten Projects vornahm, so darf es gewiß nicht mehr als bloße Vermuthung gelten, sondern es muß jetzt als entschiedene Gewißheit angesehen werden, daß gerade er, in so fern nämlich nur überhaupt das Correctorium bei dieser Revision benutzt worden ist, unmittelbar und persönlich mitgewirkt hat. Allein läßt sich eine solche Benutzung nachweisen? Der Text der von dem Reichsregimente vorgenommenen Revision ist leider noch nicht aufgefunden, und wir besitzen bis jetzt blos die Projecte von 1521 und 1529 [52]). Dessen ungeachtet scheint aber die Beantwortung jener Frage keine Schwierigkeit zu machen. Was die Art. 36 und 149. angeht, so läßt sich freilich bei ihnen eine Benutzung des Correctoriums durch das Reichsregiment nicht behaupten: beide Artikel kommen schon in dem ersten Projecte (Art. 37. 155.) genau in derselben Gestalt d. h. genau mit denselben Veränderungen des ursprünglichen Textes der Bambergensis vor, wie wir sie in der Carolina selbst wiederfinden. Was dagegen die Art. 108 und 179. betrifft, so haben diese in dem Projecte von 1521 (Art. 114. 183.) noch ganz die nämliche Fassung wie in der Bambergensis, und erst in dem Projecte von 1529 (Art. 114. 183.) sind die oben erwähnten Zusätze enthalten. Nun ließe sich zwar sagen, daß diese Zusätze vielleicht gerade erst im J. 1529 gemacht worden seyen: allein ich glaube das Gegentheil behaupten zu müssen. Wenn es nämlich wahr ist, daß jeder Gebrauch des Correctoriums mit Bestimmtheit auf die Mitwirkung einer Bamberger Behörde oder eines Bamberger Beamten schließen läßt, so ist es doch gewiß natürlicher, diesen Gebrauch uns in eine

---

52) Abgedruckt bei Zoepfl die peinl. Gerichtsord. ꝛc. S. 111 — 208.

Zeit verlegt zu denken, wo wir wissen, daß der höchste und für die Reform des Strafrechts so thätige Beamte Bambergs sich in einer Stellung befand, in der eine solche Mitwirkung ihm nicht blos möglich sondern zugleich pflichtmäßig war, als umgekehrt in eine andere Zeit, wo wir von einer besonderen Vertretung Bambergs nichts wissen, jener frühere Beamte aber bereits gestorben, und eben mit ihm auch das mächtigste Band zerrissen war, welches bisher zwischen der Ausarbeitung der verschiedenen Projecte zur Carolina und der Entwicklung der Bamberger Rechtsbildung bestanden hatte. Daß die Zusätze zu den Art. 108 und 179. nicht erst aus dem Jahr 1529 herrühren, sondern schon bei der Revision durch das Reichsregiment gemacht worden sind, scheint mir in der That kaum einen Zweifel zu leiden. Gerade deswegen aber, weil jene Zusätze, sey es direct oder jedenfalls indirect, aus dem Correctorium entlehnt wurden, halte ich es zugleich auch für so gut wie ausgemacht, daß Schwarzenberg selbst eben bei jener Revision durch das Reichsregiment thätig gewesen ist. Ja ich glaube hier sogar noch weiter gehen zu dürfen. Bei den Art. 36 und 149. wurde das Correctorium schon gleich in dem ersten Projecte benutzt. Nun ist zwar die Art und Weise, wie dieses Project zu Stande gebracht wurde, bis auf den heutigen Tag in ein bedeutendes Dunkel gehüllt [53]); allein es scheint mir doch kaum zu gewagt, wenn man gerade jene Benutzung als einen Beitrag zur Aufhellung dieses Dunkels ansehen möchte. Sollte es

---

53) Die Aufklärungen, welche in dieser Hinsicht Wächter (Symbol. ad histor. constit. crim. Carol. p. 24.) versprochen hat: Probi fideque dignissimi fontes, hac tamen in re, ni fallor, hucusque penitus neglecti, nobis ad manus sunt, disertis verbis dicentes, et quo loco et quo tempore prima sit exarata constitutionis Carolinae adumbratio. Verum de his fontibus alio loco data opportunitate copiosius dicam cet. Diese Aufklärungen sind uns leider noch nicht zu Theil geworden.

nämlich nicht wenigstens wahrscheinlich seyn, daß der Bischof von Bamberg sich auf dem Reichstage von 1521, ich will nicht sagen von seinem Hofmeister von Schwarzenberg förmlich vertreten ließ, indem eine solche Vertretung zwar schon in der gegenwärtigen Zeit vorzukommen pflegte [54]), aber doch erst späterhin wirklich gewöhnlich und zuletzt sogar regelmäßig geworden ist [55]), allein daß derselbe von diesem seinem Hofmeister sich mindestens begleiten ließ, und jetzt, als der ständische Ausschuß gebildet wurde, um die Bearbeitung des Projects zu besorgen, es gerade Schwarzenberg war, welcher bei dieser Bearbeitung, sey es unmittelbar oder mittelbar, mitgewirkt hat? Ich kann diese Ansicht über die persönliche Theilnahme Schwarzenberg's an dem Projecte von 1521 freilich nur als eine Vermuthung aufstellen; allein es scheint mir diese Vermuthung so viel innere Wahrscheinlichkeit zu haben, daß ich sie doch für etwas mehr als eine bloße Hypothese ausgeben möchte.

Die zweite Klasse von Bestimmungen, die ich oben unterschieden habe, umfaßt diejenigen Stücke des Correctoriums, welche zwar nicht in die Carolina, wohl aber in die neue Redaction der Bambergensis vom J. 1580 übergegangen sind. Eine dieser Bestimmungen, den Zusatz, welcher bei Revision des Art. 229. aufgenommen worden ist, habe ich schon früher erwähnt: ich habe gezeigt, daß während die Carolina hier das Correctorium blos benutzt hatte, die Bambergensis von 1580 dasselbe geradezu copirte.

---

54) Eichhorn deutsche Staats= und Rechtsgesch. 5. Ausg. III. S. 310. Daß namentlich Schwarzenberg selbst schon als wirklicher Reichstagsabgeordnete functionirte, läßt sich für andere Fälle sogar mit Bestimmtheit darthun. Hermann a. a. O. S. 62. 63.

55) Löw Geschichte der deutschen Reichs= und Territorialverfassung. Heidelberg 1832. S. 389. Zoepfl deutsche Staats= und Rechtsgeschichte. Stuttgart 1841. Abth. III. S. 166.

Aber noch einen anderen, gleichfalls aus dem Correctorium entlehnten, Zusatz enthält die neue Redaction im Art. 154. Dieser Artikel handelt von „Straff der jhenen, so die lewt boßlich beuehden", und in der ursprünglichen Ausgabe lautet er ganz kurz so:

„Item welcher yemant wider recht und billigkeyt mutwilligklichen beuehdet, den richtet man mit dem schwert vom leben zum todt."

Diese Kürze scheint jedoch in der Praxis sehr bald zu Zweifeln Veranlassung gegeben zu haben, indem man eben nicht wußte, was unter dem „muthwilligklichen beuchden" zu verstehen sey. Daher sah sich der Bischof schon im J. 1508 bewogen, durch eine eigene Verordnung jene Zweifel zu heben. Nach dieser Novelle (Nr. 7.) soll es jetzt als muthwillige Befehdung gelten, „so einer schreibt, das er jemandts vheindt sein wolle, oder das er pöser tetlicher handlung halb, die todstraff auff jn tragenn, sein ere verwart habenn wolle, oder so einer sunst, außerhalb obgemelter wort, solche pöse verpotene tetliche handlung, die, als obstet, todstraff auff jn tragenn, mit verstendigenn worttenn schrifftlich drohet." (Hohbach a. a. O. S. 257. 258.) Gerade diese Novelle wurde bei der Revision im J. 1580 in den Text des Art. 154. eingeschaltet, und sonach die ursprüngliche Fassung dieses Artikels in folgender Weise verändert:

„Item welcher jemand wider recht vnd billigkeit, muthwilliger weiß, schrifftlich oder mündlich, jedoch mit dergleichen vnzimlichen gewaltigen thaten vnd handlungen, die leibsstraff auff jhnen tragen, mit verständlichen worten betrohet vnd bevhedet, den richtet man mit dem schwerd vom leben zum todt."

Alle bisher hervorgehobenen Bestimmungen des Correctoriums haben eigentlich nur ein historisches Interesse.

Wir lernen aus ihnen die Quelle kennen, welche beziehungsweise bei Abfassung der Carolina und bei Revision der Bambergensis benutzt worden ist. Ganz anders verhält es sich dagegen mit denjenigen Stücken, welche zu der dritten Klasse gehören. Diese Stücke haben den Zweck, den Sinn der ursprünglichen Bambergensis zu erläutern: allein eben deswegen erscheinen sie natürlich in den bei weitem meisten Fällen auch für die Interpretation der Carolina von Wichtigkeit, und es haben dieselben daher nicht blos eine historische, sondern, weil und in so fern nur dieses von der Carolina überhaupt gesagt werden kann, zugleich noch eine mehr oder weniger praktische Bedeutung.

Unstreitig die interessanteste Bestimmung dieser Art findet sich in Nr. 8. (Hohbach a. a. O. S. 259. 260.) Hier ist von einem einzelnen Falle die Rede, wo die wegen Kindermords Angeklagte sich durch die Behauptung zu entschuldigen suchte, daß das Kind nicht lebend, sondern todt zur Welt gekommen sey. Bei dieser Gelegenheit werden dann nicht blos die verschiedenen Indicien, aus denen sich auf die wirkliche Existenz des Verbrechens schließen lassen soll, sondern nebenher auch die einzelnen Requisite, welche züm Thatbestande desselben gehören, hervorgehoben. In der letzten Beziehung verdient vor allem dasjenige unsere Aufmerksamkeit, was über die Gliedmäßigkeit gesagt wird. Dieser sowohl von der Bambergensis (Art. 156.) als von der Carolina (Art. 131.) gebrauchte Ausdruck ist bekanntlich die Veranlassung zu einer Streitfrage geworden, die selbst noch in der neuesten Zeit sehr verschieden beantwortet zu werden pflegt. Nach der gewöhnlichen Meinung, welche früherhin fast als die alleinige, jedenfalls als die bei weitem vorherrschende gelten konnte, soll der Ausdruck so zu verstehen seyn, daß damit, abgesehen von dem Leben des Kinds, auch die Lebensfähigkeit d. h. eine solche Beschaffenheit verlangt werde, wonach wenig-

stens mit Wahrscheinlichkeit sich vermuthen lasse, daß dasselbe im Stande sey eine längere Zeit fortzuleben. Ja es wird diese Ansicht sogar noch bis auf den heutigen Tag von der Mehrzahl der Criminalisten vertheidigt [56]). Dagegen sagen aber Andere, die Ausdrücke „glidmaß" und „glidmessig" bedeuteten etwas ganz anderes als unsere s. g. Lebensfähigkeit, und es könne diese überhaupt weder aus allgemeinen Gründen noch nach den positiven Vorschriften der Bambergensis und Carolina als zum Thatbestande des Verbrechens gehörig betrachtet werden.

Was nun die erste Seite dieser zweiten Meinung betrifft, die Ungereimtheit des Requisits der Lebensfähigkeit aus allgemeinen Gründen, so ist dieselbe wohl kaum zu bestreiten; und in der That möchte es jetzt, nachdem besonders auch Savigny diese Ungereimtheit anerkannt und durch die ganze Schärfe seiner Beweisführung in's Licht gesetzt hat [57]), nur noch Wenige geben, die hier einen Widerspruch erheben dürften [58]). Allein eine ganz andere

---

56) Selbst Wächter Lehrb. d. Strafr. II. S. 166. meint, daß die Bedeutung von „glidmaß" und „glidmessig" im Art. 131. der Carolina auf jeden Fall zweifelhaft und unbestimmt erscheine, und daher schon nach der Regel, daß im Zweifel das Gelindere vorzuziehen sey, für das Requisit der Lebensfähigkeit entschieden werden müsse. S. noch besonders S. P. Gans von dem Verbrechen des Kindermordes. Hannover 1824. S. 62—76. L. Jordan über den Begriff und die Strafe des Kindsmordes. Heidelberg 1844. S. 91—99.

57) Savigny System d. Röm. R. II. S. 396 – 400. S. jedoch auch Puchta Cursus d. Institut. II. S. 401. Derselbe in d. kritischen Jahrb. für deutsch. Rechtsw. 1840. S. 680. 681.

58) Auch Mittermaier, welcher früherhin (N. Arch. d. Crim. Rechts VII. S. 316 – 323,) die Nothwendigkeit der Lebensfähigkeit lediglich aus allgemeinen Gründen zu deduciren gesucht hatte, während er selbst zugab, daß aus den Worten der Carolina dieselbe sich nicht ableiten lasse, ist in der neueren Zeit (Anmerkk. zur 12. und 13. Ausg. von Feuerbach's Lehrb. §. 237. Not. 2 resp. 3) hievon zurückgekommen, und um nur überhaupt jenes Erforderniß zu retten, glaubt er jetzt seine

Frage bleibt natürlich die, ob nicht etwa Schwarzenberg jene Ungereimtheit dessen ungeachtet sanctioniren und gerade mit den Worten „jre kind, das leben vnd glidmaß empfangen hett" und „eyn lebendig glidmessig kindlein" ausdrücken wollte. Die Anhänger derjenigen Parthei, von welcher dieses geleugnet und in so fern also das Requisit der Lebensfähigkeit unbedingt verworfen wird, sind in der neueren Zeit etwas zahlreicher geworden; allein noch immer bilden dieselben die Minderheit: überdies aber sind sie wieder in so fern uneinig, als Einige den fraglichen Worten diese, Andere jene Deutung beilegen. Bei weitem die meisten Stimmen dieser Parthei vereinigen sich jedoch dahin, daß unter dem Ausdrucke „eyn lebendig glidmessig kindlein" der Gegensatz zu einer monströsen Leibesfrucht zu verstehen, und somit der Sinn dieses ganzen Ausdrucks kein anderer sey, als die Einschärfung der bekannten Regel, daß eigentliche Monstra, d. h. alle vom Weibe geborene aber nicht menschliche Wesen getödtet werden könnten, ohne dadurch den gewöhnlichen Gesetzen über Tödtung zu verfallen [59]). Allein diese Erklärung ist offenbar unbefriedigend. Wie, muß man fragen, soll Schwarzenberg, der sonst immer nur die allernächstliegenden Fälle hervorzuheben pflegt, dazu gekommen seyn, gerade hier an eine so seltene und fast unerhörte Ausnahme zu denken? Ist es nicht rein unbegreiflich, daß ein so

---

Ansicht in erster Linie gerade auf den Ausdruck „glidmessig", und blos nebenbei noch auf ein (freilich sehr schwaches, vgl. Vangerow Leitf. f. Pandektenvorles. I. S. 55.) allgemeines Räsonnement stützen zu müssen.

59) Spangenberg im N. Arch. d. Crim. R. III. S. 27. 28. Dähne in Elvers Themis II. S. 370. Henke Handb. d. Criminalr. II. S. 57. Jarcke Handb. d. Strafr. III. S. 278. Not. 19. Salchow Lehrb. d. peinl. R. S. 201. Martin Lehrb. d. Criminalr. S. 276. Not. 2. Abegg Lehrb. d. Strafrechtswiss. S. 352. Marezoll Criminalr. S. 300. Not. 3. Vangerow Leitf. f. Pandektenvorles. I. S. 56.

durch und durch praktischer Mann gesagt haben soll: „Eine Mutter, welche ihr lebend geborenes Kind tödtet, soll als Kindesmörderin bestraft werden, vorausgesetzt, daß dasselbe — ein menschliches Wesen ist?“ Vielleicht möchte man die Unbegreiflichkeit einer solchen Vorschrift durch die Bemerkung zu mildern suchen, daß ja im Mittelalter überhaupt der Glaube an eine fleischliche Vermischung des Teufels mit Hexen u. dgl. (die berüchtigte Lehre vom Incubus und Succubus!) so allgemein verbreitet, und die Ansicht, daß aus dieser Vermischung lebende aber nicht menschliche Geschöpfe hervorgehen könnten, so gewöhnlich gewesen sey [60]), daß es keineswegs auffallen dürfe, wenn ein Gesetzgeber hierauf hingewiesen, und die Tödtung derartiger Geschöpfe nicht blos für erlaubt, sondern vielleicht selbst für pflichtmäßig erklärt habe. Allein man muß erwiedern, daß gerade Schwarzenberg, wie dieses namentlich aus seinen Bestimmungen über Zauberei hervorgeht [61]), hier gewiß vernünftiger dachte als die meisten seiner Zeitgenossen, und daß, wenn er überhaupt von jenen Teufels- und Hexenfrüchten (Elbe, Holden, Dinger) hätte reden wollen, er die Sache auf jeden Fall in einer ganz anderen Weise erwähnt haben würde, als dieses wirklich geschehen ist. Noch mit etwas besserem Grunde könnte man vielleicht die Autorität des Remus anführen, auf welche denn auch die Vertheidiger dieser Ansicht sich gewöhnlich zu berufen pflegen. Remus übersetzt nämlich, und zwar mit ausdrücklicher Verweisung auf L. 14. D. de statu homin. und L. 38. D. de verb. signif. [62]) die Worte:

60) Vgl. W. G. Soldan Geschichte der Hexenprocesse. Stuttgart 1843. S. 147—154. 235. 239. 240. J. Grimm deutsche Mythologie. 2. Ausg. Göttingen 1844. S. 1027.

61) Bamb. H. G. O. Art. 131. P. G. O. Art. 109. Vgl. Soldan a. a. O. S. 286. 287.

62) L. 14. D. cit. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier

„jre kind, das leben vnd glidmaß empfangen hett", mit infantes vivos, membris distinctis praeditos, und den Ausdruck: „eyn lebendig glidmessig kindlein", mit: foetum vivum, et forma naturae congruente praeditum, so daß es denn keinen Zweifel leidet, daß wenigstens dieser Schriftsteller der Meinung war, Schwarzenberg habe es in der That für nothwendig erachtet, das Object des Kindermords in der Art zu bestimmen, daß es eben ein menschliches Wesen, ein eigentliches Kind seyn müsse, keineswegs aber ein naturwidriges Geschöpf, ein wirkliches Monstrum seyn könne [63]). Allein genauer besehen verliert diese Autorität doch wohl jede Bedeutung. Vor allem nämlich ist es ja bekannt, daß Remus mehr als sechzig Jahre nach dem Erscheinen der Carolina und fast neunzig Jahre nach dem Erscheinen der Bambergensis geschrieben hat, so daß denn gewiß der hauptsächlichste Werth, welchen die lateinischen Uebersetzungen, als Erklärung des damaligen Sprachgebrauchs, für uns haben können, gerade hinsichtlich seiner Arbeit beinahe völlig verschwinden muß [64]). Aber noch mehr: während des gan-

---

monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. L. 38. D. cit. Ostentum Labeo definit: omne contra naturam cujusque rei genitum, factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, quum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant.

63) Diese Ansicht des Remus hat auch dessen bekannter Plagiarius Musculus oder, wie er von Manchen (fälschlich) genannt wird, Beck: Constitutiones criminales Caroli V. cum jure communi collatae, notisque brevissimis illustratae. (Francofurti 1614.) Altdorfi 1714. p. 219. nachgeschrieben. Nach dem, was schon Koch Vorrede z. peinl. Gerichtsord. S. 58 – 65. über diesen Plagiarius gesagt hat, ist es freilich schwer zu begreifen, wenn selbst noch einige Neuere, und unter diesen sogar Martin Lehrb. d. Criminalr. S. 276. Not. 2. demselben hier irgend eine Bedeutung beilegen wollen.

64) Vgl. Wächter im N. Arch. d. Crim. R. XII. S. 91 ff.

zen sechzehnten Jahrhunderts ist es ein Bestreben sämmtlicher Schriftsteller gewesen, bei jeder Gelegenheit, mochte sie nun passend oder unpassend seyn, römisches Recht zur Erläuterung der Carolina herbeizuziehen, und eben dadurch denn nicht blos diese, sondern gewöhnlich in gleicher Weise auch das römische Recht zu mißhandeln [65]). Von diesem Geiste, von dieser romanisirenden oder, wie sich Wächter ausdrückt, von dieser romanomanirenden Richtung war nun aber namentlich Remus in einem Grade befallen [66]), daß es uns nicht wundern darf, wenn er, um nur seine Citate aus dem Corpus Juris anzubringen, den Worten der Carolina — und sey es vielleicht auch in dem besten Glauben — einen Sinn untergeschoben hat, wodurch das Herbeiziehen jener Citate wenigstens eine scheinbare Rechtfertigung oder Entschuldigung erhalten mochte. Ja man kann wohl ganz im Allgemeinen sagen, daß gerade wegen dieser Richtung, wegen dieser geistigen Idiosynkrasie der damaligen Zeit beinahe sämmtliche Ansichten, welche nicht blos von Remus, sondern überhaupt von den Romanomanen des sechzehnten Jahrhunderts aus dem römischen Rechte entlehnt und in die Schwarzenberg'schen Worte hineingezwängt worden sind, so gut wie gar keinen Werth haben [67]).

Wenn übrigens diese bisher versuchte und namentlich auch in der neueren Zeit so vielfach gebilligte Erklärung der

---

65) Vgl. Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 67 — 72. 76 — 78. 88. 90. 92 — 95. 98.

66) Wächter im N. Arch. d. Crim. R. XII. S. 89.

67) Natürlich will ich damit nicht in Abrede stellen, daß Schwarzenberg sehr häufig, theils ausdrücklich theils stillschweigend, auf das römische Recht Bezug genommen hat, und daher auch der Sinn seiner Worte gerade aus dem römischen, wenn auch keineswegs immer aus dem reinen römischen Rechte (vgl. Roßhirt Beiträge I. S. 123.) erklärt werden muß: allein was jene eigentliche Romanomanie der Schriftsteller des sechzehnten Jahrhunderts betrifft, so läßt sich gegen die Abgeschmacktheiten derselben in der That nicht nachdrücklich genug warnen.

Gliedmäßigkeit verworfen werden muß, so ist doch auf der anderen Seite die Behauptung selbst, daß dieser Ausdruck überall nicht als gleichbedeutend mit unserer s. g. Lebensfähigkeit gelten dürfe, vollkommen wahr. Die allein richtige Erklärung giebt hier in der That das Correctorium. In dem angeführten Nr. 8. heißt es: „Wo nun eine ein kindlein allein vnnd heimlich vff ein lawgen gepiret, daß nach anzaigung seiner glider das lebenn gehabt hat" 2c. Diese Worte enthalten offenbar denselben Gedanken, welcher in der Bambergensis und in der Carolina durch die Ausdrücke „leben vnd glidmaß" und „lebendig glidmessig" bezeichnet ist. Ja noch mehr: es sind dieselben recht eigentlich dazu bestimmt, jene Schwarzenberg'schen Ausdrücke in einer anderen Form wiederzugeben, und den Sinn derselben — wenn auch unabsichtlich, da man hier an die Möglichkeit eines Zweifels gewiß noch gar nicht dachte — in einer paraphrasirenden Wendung zu erläutern. Somit kommt es denn blos darauf an jene Worte gehörig zu verstehen, um zu gleicher Zeit auch jedes Bedenken über den Sinn der Schwarzenberg'schen Ausdrücke selbst zu beseitigen. Gewiß läßt sich wohl nichts dagegen sagen, wenn wir die Worte der Bambergensis und Carolina: „jre kind, das leben und glidmaß empfangen hett", und: „eyn lebendig glidmessig kindlein", geradezu mit den Worten des Correctoriums: „jre kind, das nach anzaigung seiner glider das leben empfangen hett", und: „eyn nach anzaigung seiner glider lebendig kindlein", vertauschen. Auf diese Weise ausgedrückt kann nun aber auch die Interpretation wohl kaum mehr eine Schwierigkeit machen. Das Leben des Kinds und blos dieses, keineswegs die Fähigkeit zum Fortleben ist es, was zum Thatbestande des Verbrechens erfordert wird. Allein freilich, um zu sehen, d. h. um den processualischen Beweis zu liefern, ob das Kind, wel-

ches seine Mutter todt geboren zu haben behauptet, wirklich gelebt hat, soll auf den Grad der Ausbildung desselben, auf seine „glider", Rücksicht genommen werden, damit eben darnach dann jede weitere Untersuchung vielleicht schon von vorn herein als überflüssig oder doch mindestens das Verbrechen des Kindermords als ausgeschlossen betrachtet werden kann.

Halten wir nun dieses fest, so ist vor allem so viel klar, daß die Erwähnung der Gliedmäßigkeit weder in der Bambergensis noch in der Carolina den Zweck hat, ein besonderes Requisit zum Thatbestande des Verbrechens aufzustellen, sondern, ähnlich wie die Erwähnung der Verheimlichung der Schwangerschaft, lediglich den, oder doch jedenfalls zunächst und vorzugsweise den, ein Indicium hervorzuheben, um daraus ein anderes Requisit, das Leben des Kinds, ableiten zu können. Jedoch gerade deswegen, weil die „glider" des Kinds den Beweis für das Leben desselben liefern sollen, gerade deswegen, weil als Object des Verbrechens blos solche Leibesfrüchte angesehen werden, bei denen jener Grad der Ausbildung, jene zur Vermuthung ihres Lebens berechtigende Entwicklung bereits vorhanden ist, liegt in dem Worte Gliedmäßigkeit auch noch eine andere Bedeutung. Es bezeichnet dieselbe nämlich zu gleicher Zeit den Gegensatz zwischen einem eigentlichen, als solches bereits ausgebildeten, Kinde und einem bloßen Abortus, und der Ausdruck enthält somit ein Merkmal, welches in gewisser Beziehung zur Gränzbestimmung des wirklichen Kindermords und der bloßen Kinderabtreibung dient. Allerdings, kann man kurz sagen, ist der Kindermord an jedem lebenden Kinde möglich, aber auch nur an einem lebenden K i n d e, nicht an einem lebenden A b o r t u s. Oder mit anderen Worten: ein eigentlicher Abortus mag etwa auch lebend zu Welt gekommen seyn, d. h. der von der Mutter getrennte Fötus mag etwa auch in

den ersten Augenblicken der Geburt durch Muskularbewegungen ꝛc. Zeichen des Lebens von sich gegeben haben, die Tödtung eines solchen Abortus oder Fötus, die Erstickung der Muskularbewegungen desselben fällt überall nicht unter den Begriff des Kindermords; ja es kann ein solcher Fötus blos während seiner Verbindung mit der Mutter den Gegenstand eines Verbrechens, und zwar des Verbrechens der Kinderabtreibung bilden, nach dieser Trennung dagegen läßt sich an ihm überhaupt gar kein Verbrechen denken.

Wollen wir die Sache recht scharf fassen, so müssen wir also zwei verschiedene Momente in dem Begriffe der Gliedmäßigkeit unterscheiden: ein rein processualisches und ein wirklich criminalistisches. Allein freilich dürfen wir dabei nicht vergessen, daß das zweite Moment im Grunde nur ein zufälliges, und blos das erste das eigentlich bestimmende und entscheidende ist. Die Ursache, weßhalb sowohl in der Bambergensis als in der Carolina von „glidmaß" und „glidmessig" gesprochen wird, war offenbar — darüber läßt sich jetzt Angesichts des Correctoriums gar nicht mehr streiten — keine andere als das Bestreben, den Richtern für Feststellung des nöthigen Beweises einen Anhaltpunkt zu geben; und wenn jene Ausdrücke zu gleicher Zeit noch eine andere Bedeutung involviren, wenn darin überdies auch ein Merkmal sich findet, wodurch das Object des Verbrechens selbst etwas genauer fixirt wird, so war dieses eben blos Folge, nicht Zweck, jedenfalls nicht Hauptzweck der gebrauchten Worte. Ja das ganze zweite Moment der Gliedmäßigkeit, das criminalistische gegenüber von dem processualischen, ist schon in dem Worte „kind" und „kindlein" so nothwendig mitenthalten, daß, um nur dieses hervorzuheben, der Zusatz: „ire kind, das leben vnd g l i d m a ß empfangen hett", und: „eyn lebendig g l i d m e s s i g kindlein", vollkommen überflüssig gewesen wäre. Allein wie dem auch sey, der Sinn sowohl

des einen als des anderen Moments ist klar: in processualischer Hinsicht heißt ein Kind gliedmäßig, welches durch seine äußere Entwicklung zu dem Schlusse berechtigt, daß es lebend geboren wurde, oder, wie sich das Correctorium ausdrückt, „das nach anzaigung seiner glider das lebenn gehabt hat"; in criminalistischer Hinsicht heißt ein Kind gliedmäßig, welches so beschaffen ist, daß es den Gegensatz zu einem Abortus bildet [68]). Daß dagegen das lebend geborene und nicht als Abortus zu betrachtende Kind zugleich die Fähigkeit zum Fortleben gehabt haben müsse, um als Object des Kindermords zu erscheinen, davon läßt sich in dem Begriffe der Gliedmäßigkeit weder eine Spur noch auch nur eine Möglichkeit entdecken. Alles was man hier zugeben kann, besteht blos darin, daß die Frage selbst, welche Leibesfrucht denn als Kind, und welche als Abortus zu betrachten ist, in jedem einzelnen Falle wieder dem richterlichen Ermessen und blos diesem überlassen werden muß. Jedoch gerade diese Frage ist gewiß in den bei weitem meisten Fällen schon nach der flüchtigsten Augenscheinseinnahme, schon „nach anzaigung der glider des kindleins", eben so schnell als sicher zu beantworten, und von allen jenen gerichtlichen und medicinischen Untersuchungen über die Reife oder wohl gar über die organische Vollkommenheit oder Mangelhaftigkeit des Kinds, wozu unsere dermalige Praxis durch Annahme ihres Requisits der Lebensfähigkeit sich gezwungen sieht, kann nach der Ansicht von Schwarzenberg, nach dem Inhalte der Bambergensis und Carolina keine Rede seyn. In der That scheint mir die Unstatthaftigkeit dieses Requisits durch die Worte des

68) Vielleicht ließe sich dieser doppelte Begriff am einfachsten dadurch bezeichnen, daß man die Worte „glidmaß" und „glidmessig" mit „Ausbildung" und „ausgebildet" übersetzte. Im Allgemeinen stimmt damit auch so ziemlich die Uebersetzung von Gobler: partus vivus, et membris generatus, absolutusque.

Correctoriums in einer Weise dargethan, daß die ganze Streitfrage jetzt wohl als erledigt gelten dürfte. Mit derselben Bestimmtheit, womit wir aus allgemeinen Gründen den Satz aufstellen müssen, daß die Annahme der Lebensfähigkeit eine Ungereimtheit ist, mit derselben Bestimmtheit müssen wir jetzt sagen, daß auch Schwarzenberg an die Sanction dieser Ungereimtheit nicht gedacht hat [69]).

Die vierte Klasse von Bestimmungen enthält diejenigen Stücke, welche auf Ergänzung der von der Bambergensis gelassenen Lücken berechnet sind. Das der Zeit nach erste Stück dieser Art, und in der That das älteste des ganzen Correctoriums, ist die „Ordnung vnd bestellung des nachrichters zu Bamberg" vom 24. Juni (sand Johans tag sunwenden) 1507 [70]). Da der früheste Druck der

69) Vgl. noch Tittmann Handb. d. Strafrechtsw. I. S 350. Roßhirt Gesch. u. System II. S. 226. S. selbst J. D. H. Temme die Lehre von der Tödtung nach Preußischem Rechte. Leipzig 1839. S. 225—227.

70) Von diesem Stücke giebt Hohbach a. a. O. S. 270. fast nur die Ueberschrift. Ich lasse hier nicht blos den Text des Correctoriums, sondern zugleich wenigstens die wichtigsten Varianten der oben besprochenen Bamberger Handschrift abdrucken.

XIV.

Ordnung vnd bestellung des nachrichters zu Bamberg.

Aus gutten vrsachen. Als in meins gnedigenn herrn vonn Bambergs halsgerichts ordnung am 258ten artickel dauon gemelt, den nachrichtern zu Bamberg ein gemeine jerliche besoldung, meister N. zu einem nachrichter bestelt, vnd solle jme solche gemeine besoldung *) jars **) bezalt werden, wie hernachuolgt. Darumb soll er alle peinliche straff vnnd frag, die in meins gnedigen herrn von Bambergs gerichtenn vonn ambtswegen, oder auf ancleger des stiffts, oder frembder leut halb gescheen, wie jm beuolhenn wirdet, getreulich thun vnd volzihen, vnd dauon weytter nichts dan allein zimliche zerung, so er ausserhalb der stat Bamberg werckt, nach laut meines gnedigenn herrn halsgerichts ordnung, fordern oder nemenn.

*) Die Worte „meister N. zu einem nachrichter bestelt, vnd solle jme solche gemeine Besoldung" fehlen in Bamb. HS.

**) Bamb. HS. „jedes jar."

Bambergensis bekanntlich am 19. Juni (sambstag nach sandt Veyts tag) 1507 vollendet wurde, so ist dieses

Item mein gnediger herr geyt jm jars *) 15 gulden, vnd dartzu vier fuder holz, die jme sein gnad **) fur sein behaussung furen lest: vnnd wirt jm solch gelt vnnd holz nach gleicher anzale alle viertl jars durch den cammermeister zu hoff bezalt vnnd verschafft. Item bede ebbt Lanckheim vnnd Münchperg ***) geben jm jars †) 8 gulden, vnd soll die zalung durch jr voyt oder ambtleut auch yedes quottembers, wie obstet, zu Bamberg ††) gescheenn. Item wie jme dy stat Bamberg vormals alle wochenn funff pfundt bezalt hat, do pleibt es noch pey. †††) Item von anderen meins gnedigenn herrn landtschafft wegenn soll im des jars vff sandt Johanns tag sonnwenden durch den wegmeister zu Bamberg zwolff gulden bezalt, vnd mit solcher zalung auff gemeltten sandt Johans tag schirst kunfftig *†) angefangen werden. Vnd ist dise bestallung mit gedachtem meister also beschlossenn an sand Johans tag sunwenden, der mindern zale Cristi im sibenden jar.

XV.

Was †*) ein yedes gericht am henckergelt gibt.

Item was ein yedes gericht von der landtschafft an obgemeltem henckergelt geben soll, volgt hernach. Vnd soll ein yedes gericht meins gnedigenn herrn castner daselbst solche zalung seiner *†*) anlag auff einen yeden sandt Walburgenn tag thun, vnnd furtter die castner gemelt henckergelt zu der Walburg rechnung mit jne gein Bamberg bringen vnnd meins gnedigenn herrn *††) wegmeister doselbst behendigen, der furtter dauonn obgenanttem nachrichter alwegen vff Johannis sunwendenn zwolff gulden zalenn, vnd die vbermaß meins gnedigenn herrn cammermeister verrechen vnd behendigenn soll, ob man nochmals einem nachrichter mer geben must, von solcher vbermas zuentrichten; dieweyl es aber bey obgemelter besoldung des nachrichters pleibt, soll solcher vberlauff am henckergelt, so die armen leut gebenn, der nemlich 6 gulden triefft, sunst jn ander wege zu straff der vbelthetter den armen leutten zu

*) Bamb. HS. „jedes jars."

**) Statt „die jme sein gnad" heißt es in Bamb. HS. „die man jme."

***) Bamb. HS. „Munichsberg."

†) Bamb. HS. „jedes jars."

††) Die Worte „zu Bamberg" fehlen in Bamb. HS.

†††) Statt „do pleibt es noch pey" steht in Bamb. HS. „soll es noch bei solchem bleiben."

*†) Die Worte „schirst kunfftig" fehlen in Bamb. HS.

†*) Bamb. HS. „Wie vil."

†) Die Worte „zalung seiner" fehlen in Bamb. HS.

*††) Bamb. HS. „fürsten vnd herrn."

Stück (Nr. 14. 15.) blos um wenige Tage jünger. Eine solche Eile zur Supplirung der soeben erschienenen Halsgerichtsordnung darf uns jedoch nicht wundern. Im Art. 258. derselben heißt es:

. . . „so ist denselbigen nachrichtern ein gemeiner jerlicher solt geordent, vnd wie derselbig von vnser vnd der vnsern wegen jerlich bezalt werden sol, wirdt in vnser cantzley, auch bey vnserm camermeyster verzeychent funden."

Es handelte sich hier also keineswegs von einer Lücke, welche bei Abfassung der Halsgerichtsordnung übersehen worden war, sondern von einer Vorschrift, deren Aufnahme in diese man als ungeeignet betrachtet, und deren nachträgliche Bekanntmachung man gleich anfangs sich vorbehalten hatte. Gerade aus dieser Rücksicht begreift

---

gut gebraucht werden, vnd bezalung solchs gelts ist angangen Walburgis anno &c. octauo *). 1 1/2 gulden ambt vnd gericht zu Vorcheim vnnd Rewt; 1 1/2 gulden stat ambt vnnd gericht zu Cronach; 1/2 gulden stat ambt vnd gericht zum Kupfferberg Schorgast vnnd Leugast; 1/2 gulden stat ambt vnnd gericht zu Steinach vnnd Cuchenreut; 1 gulden statt ambt vnd gericht zu Weyßman; 1 ort eins gulden stat ambt vnd gericht zu Burckunstat; 1 1/2 gulden statambt vnd gericht zu Lichtenfels vnd Doringstat; 1/2 gulden Bawnach; 1 ort Wachennrode; 1/2 gulden Eckolßheim; 1/2 gulden statambt vnnd gericht zu Staffelstein; 3 ort stat ambt vnnd gericht zu Holffelt; 3 ort stat ambt vnnd gericht zum Bottenstein; 3 ort stat ambt vnnd gericht zu Vielseck; 3 ort ambt vnnd gericht zum Schelmperg; 1 1/2 gulden ambt vnnd gericht zu Halstat mitsambt andern cammerdorffernn, die nit in ander zent gehornn; 1 1/2 gulden ambt vnnd gericht zu Giech; 1/2 gulden **) stat ambt vnd gericht zu Teuschiz; 1/2 gulden ambt vnnd gericht zu zu Weischennfelt; 1/2 gulden ambt vnnd gericht zu Ewermanstat; 1 gulden ambt vnnd gericht zu Herzogenawrach; 3 ort ambt vnnd gericht zu Hochstet; 1 guldenn ambt vnnd gericht zu Zeil vnnd Eberßperg; 1 ort das gericht zu Bechhofenn; 1 gulden das gericht zu Memeßdorff; 1/2 gulden das gericht zu Burg Ebrach.

---

*) Bamb. HS. setzt hinzu: „mit dem Buchstab A."

**) Bamb. HS. „2 gulden."

es sich denn aber auch, weßhalb selbst im J. 1580, bei Veranstaltung der neuen Redaction, der Art. 258. unverändert blieb, und somit die betreffenden Bestimmungen des Correctoriums auch jetzt noch zur Anwendung kommen mußten. Einige Jahre später jedoch scheint sich das Bedürfniß gezeigt zu haben, an die Stelle der bisherigen Vorschrift eine andere zu setzen. Diese neue „Bestallung des nachrichters" ist vom 15. November 1599, und dieselbe trat jetzt zu der revidirten Bambergensis in das nämliche Verhältniß, in welchem die frühere „Ordnung vnd bestellung des nachrichters" zu der ursprünglichen Bambergensis gestanden hatte. Eben deswegen ist es nun aber auch erklärlich, warum wir, wie ich oben bemerkt habe, diese neue Verordnung auf dem ersten Blatte eines Exemplars der revidirten Bambergensis nachgetragen finden: irgend ein früherer Besitzer dieses (dermalen auf der Bibliothek zu Bamberg befindlichen) Exemplars wollte eben durch eine solche handschriftliche Ergänzung dasselbe für seinen Gebrauch um so bequemer machen [71]).

---

71) Diese neue „Bestallung des nachrichters" lautet folgendermaßen:

Bestallung des nachrichters.

Aus gueten vrsachen. Als in meines gnedigen herrn von Bamberg halßgerichts ordnung am 258ten Artt. dauon gemelt ist, dem nachrichter zu Bamberg ein gemaine jährliche besoldung gemacht, vnd darauff meister N. zu einem nachrichter bestelt: so soll ihme solche gemaine besoldung jährlich bezalt werden, wie hernach volgt. Erstlich gibt mein gnediger fürst vnd herr von Bamberg ihme jedes jahr 15 gulden, vnd darzu 4 fuder holz, die ihme fur sein haus gefürt werden: vnd wurdt ihme alle viertel jahrs solches gelt nach gleicher anzahl durch den wegmeister in der stadt bezahlt. Item gibt ihme mein gnediger herr zu erhaltung eines pferdts alle jahr 40 simmra habern, vnd fur hew das gelt, als 3 gulden: diß soll ihme so lang er ein pferdt helt, vnd weitters nit, veruolgt werden. Item ein gewöhnlich hoffklaidt. Item beede äbt Lanckeim vnd Monichsberg geben ihme jährlich 8 gulden: vnd soll die zahlung durch ihre vögt oder ambtleuth auch jedes quatemer, wie obsteht, zu Bamberg geschehen. Closter Banz

Eine weitere Ergänzung der Bambergensis findet sich in Nr. 3. (Hohbach a. a. O. S. 237—243.) Dieses Stück handelt „Von geweichten vbeltettern", und dasselbe hat den Zweck, die Conflicte zu reguliren, welche zu der Jurisdiction der weltlichen und geistlichen Behörden entstehen konnten, und ohne Zweifel schon wirklich entstanden waren. Die Halsgerichtsordnung selbst hatte die-

---

belangendt, mag er daselbsten vmb gleichmeßige gebür, wie hieuor von den andern prälaten steht, ansuchen. Item gibt man ihme alle wochen 5 pfund im burgerhoff, vmb deßwillen er neben seinem knecht die gaßen alhie von verstorbnem viehe vnd aß, auch anderer zufelligen stinckenden materi von frembden zugeführten vischen vnd angeloffenen dingen rain vnd sauber haltten vnd hinweg führen, auch wo vonnöten vergraben soll. Item von andern meines gnedigen herrn landtschafft wegen soll ihme des jahrs vff St. Johanes tag durch den wegmeister alhie zu Bamberg 12 gulden bezahlt, vnd mit solcher bezahlung vf gemeldten St. Johanes tag schierst könfftig angefangen werden. Item so er in meines gnedigen herrn landt vnd stifft gefordert wurdt zu raißen, soll ihme fur die zehrung fur sein person tag vnd nacht $^1/_2$ gulden, seinem knecht aber mehr nit dan 1 ortt eines guldens gegeben werden. Item von einer jeglichen person, so er alhie in der stadt Bamberg, es sey mit wasserley straff es wolle, vom leben zum todt richtet, soll ihme mehr nit dann 1 gulden gegeben werden. Item do er in ihrer fürstlichen gnaden stifft vnd vff dem landt dergleichen mißthätige personen auch vom leben zum todt richtet, soll ihme, es sey mit was straff es wölle, 3 gulden [gegeben werden]. Item seinem knecht, wie auch alhie in der stadt, [soll] 1 gulden anzuclagen vnd $^1/_2$ gulden zubeschreien geben werden von rutten aushawen, ohrn abschneiden, faust oder finger abhauen, creuz an die stirn brennen, augen ausstechen. Item so jemandt an branger gestelt vnd des landts verwißen wurdt, von dero jedem soll ihme ein $^1/_2$ gulden bezahlt werden, außer vff dem landt gibt man ihme 1 gulden. Von einer jeglichen peinlichen frag, so er vf dem landt vnd außer der stadt Bamberg verricht, soll jhme von einer person, do er die vor mitag verhört, 1 ortt, vnd do man dieselb nach mittag abermahls furnemen wurde, widerumb 1 ortt, vnangesehen wie offt er die peinlich angreiffen wurde: aber sonsten in der stadt Bamberg soll ihme von keiner peinlichen frag nichts gegeben werden, allein wen man zu hoff peinlichs examen furnimbt oder fragt wurdt ihme eßen gegeben, darfur aniezo $^1/_2$ ortt. Vnd demnach man ihme auch ein pferdt helt vnd futter darauf gibt, soll er mit demselben, neben dem karn vnd

sen Punkt übergangen [72]): vielleicht hatte es Schwarzenberg nicht gewagt, sich auf denselben einzulassen, weil er den Widerspruch der Geistlichkeit fürchtete, wodurch am Ende die Annahme seiner ganzen Arbeit hätte in Zweifel gestellt werden können. Allein auf die Dauer ließ sich doch nicht ausweichen. Man mußte sich nothwendig zur Fixirung bestimmter Gränzen, zur Angabe allgemeiner Grundsätze entschließen; und dieses ist gerade in dem vorliegenden Stücke auf ziemlich energische Weise geschehen. In historischer Hinsicht, für die Stellung, welche zu dieser Zeit die geistlichen Gerichte gegenüber von den weltlichen, und zwar namentlich unter einem geistlichen Fürsten wie der Bischof von Bamberg war, einnahmen [73]), hat das Correctorium hier eine ganz besondere Wichtigkeit, und wir müssen uns daher über die Erhaltung dieses Stücks

---

anderm darzu gehörigen werckzeug, der ihme eingeraumbt werden soll, nicht allein in der stadt Bamberg, sondern auch alenthalben im stifft, die sich selbst erhencken, ertrencken, oder sonsten muetwillig vmbgebrachte personen, vnd anders mehr, do er anderst darzu verschickt oder ihme sonsten alhie beuohlen wurdt, so woln auch an etlichen ortten im stifft die laitern zum gericht vnd ander ortt führen helffen, vnd hierinnen der armen vnderthanen nit allein mit deme, sondern auch mit einschlagung newer ketten zu den gerichten vnd anderm vberflußigen werckzeug ganz vnd gar verschonet werden. Vmb solche obgemelte sein besoldung soll er alle peinliche frag vnd straff, die in meines gnedigen herrn von Bamberg gerichten vnd obrigkeit von ambts wegen, oder vff ancläger des stiffts, oder frembder leuth halber geschehen, wie ihme beuohlen wurdt, getrewlich thun vnd volziehen, vnd dauon weitters nichts, dan was diße seine bestallung vermag vnd ausweist, fordern oder annehmen. Eß soll sich auch jetztgemelte sein bestallung vff heut dato anfangen vnd vff ein jahr lang, vnd biß zu enderung derselben, ihren außgang haben. Welchem allem er also getrewlich zugeleben vnd nachzukommen angelobt, vnd daruber gebürliche aydtspflicht gethon. Actum montags den 15. monatstag nouembris anno 1599.

72) S. jedoch Bamb. H. G. O. Art. 130. 207.

73) Vgl. auch Roßhirt Gesch. u. System I. S. 128 – 130. Für das ältere Recht: Bamberger Stadtr. S. 30. 33. 34.

selbst dann freuen, wenn wir ihm auch eine unmittelbar praktische Bedeutung nicht mehr beilegen können.

Zu derselben Klasse gehören überdies Nr. 16. und Nr. 17. Die Bambergensis hatte im Art. 271. erklärt:

„Item so sich nach verscheynung eins jars ein todtschleger zu buß vnd besserung erpeut, nach erkentnuß vnser rete, so mag der von vns gleyt erlangen, des entleybten freunde willigen darein oder nit, wie dann vnsers hoffs gewonheyt vnd herkomen ist. Doch sollen hiemit die boßhafftigen fursetzlichen morder nit gemeynt sein."

Diese Bestimmung, welche die Carolina sogar ganz weggelassen hat, mußte sich sehr bald als unzweckmäßig oder jedenfalls als lückenhaft herausstellen. Der Hauptmangel, auf welchen auch das Correctorium [74]) beson-

---

74) Die Stelle desselben (Nr. 16.), welche Hohbach a. a. O. S. 272. 273. nur sehr verstümmelt mittheilt, lautet vollständig also:

XVI.

Erclerung wie man mit vergleittung der todtschleger nach dem jare untterscheid haltenn solle.

Item nachdem inn der halsgerichts ordnung am 271ten Artickel gesatzt ist, wie man nach verscheinung eines jars todtschlegere, die sich nach erkentnus der rete zu buß vnnd pesserung erbittenn, on verwilligung der entleibtenn freund gleytenn moge, vnnd in demselbigen pößhafftig fursezlich morder außgeschlossenn sein, laut desselbenn artickels: also hat sich nachuolgent begebenn, das etlich jemerlich pöß entleibung den morden gleich gescheenn, vnnd sich dieselbenn theter obgemelter pueß, pesserung vnnd vergleittung zugebrauchenn vermeint, auch etlich derselbenn also arm gewest, das jne durch erkentnus der rethe gar geringe puß vnnd pesserung auffzulegenn moglich gewest. Vnnd wo solchs in allen pösenn fellenn solt stat habenn, so genossenn leichtuertig arm personn in pößhafften mordenn oder todtschlegen jrer armut vnnd leichtuertigkeit dermasen, das sie gar gering burgerlich straff darumb empfahen mochten; so were auch einem armenn leichtuertigen person wenig daran gelegenn, ob sie einen posen mordt oder todschlag thet, vnnd darumb nit mer dan ein jarlang den stiefft mide, vnd nochmals vff jr vermogen, das nichts were,

ders hinweist, lag darin, daß alle Verbrecher, welche zur Bezahlung der „buß vnd besserung" zu arm waren, jetzt beinahe völlig straflos blieben. Sie brauchten eben nur während des ersten Jahrs nach der That sich aus dem Bisthume zu entfernen, um dann, nach Ablauf desselben, mit der Erklärung zurückzukehren, sie seyen bereit „buß vnd besserung", wie diese von dem Gerichte bestimmt werden würde, zu bezahlen, so waren sie jetzt nicht blos gegen jede Criminalstrafe, sondern, gerade wegen ihrer Armuth, wenigstens factisch auch gegen alle Entschädigungsansprüche sicher [75]). Zur Beseitigung dieses Uebel-

puß vnnd pesserung erkannt werden solt; vnnd mochten daraus viel ergernus vnd vbels entsteenn, so man in solchen fellenn nit vleissig erber vernunfftig vntterschevd hielt. Vnnd domit aber furo in solchenn fellen dester statlicher vnd fursichtiger gehandelt were, sonnderlich dweyl ehemals darjnnen vntter den rethenn zweynel vnnd speltung eingefallen sein, so ist egemelts artickels halbenn ercleruug gescheenn, als hernach volgt. Nemlich so ein todschieger nach verscheinung des jars u. s. w. (S. oben im Texte.)

75) Eine andere Auslegung des Art. 271. giebt freilich Abegg Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens. Berlin 1833. Th. I. S. 188—190. Wenn ich die Meinung dieses Gelehrten richtig verstehe, so soll der Ablauf des Jahrs hier nicht von der Zeit der verübten That, sondern von der erfolgten Achterklärung zu rechnen seyn, die Wirkung des sicheren Geleits aber lediglich darin liegen, den Verbrecher gegen die — gerade auf die Acht sich stützenden — Angriffe der „freunde des entleybten" zu schützen, während die betreffende Criminalstrafe noch immer nach wie vor zur Anwendung kommen könne. (Den letzten Satz spricht Abegg zwar nicht bestimmt aus, allein aus seiner ganzen sonstigen Darstellung scheint er sich mit Nothwendigkeit zu ergeben.) Diese Auslegung hat nun auf jeden Fall das für sich, daß sie zu einem vergleichungsweise sehr vernünftigen Resultate führt. Allein dieser Umstand darf uns natürlich nicht bestechen, den wahren Sinn des Artikels, und sollte derselbe auch ein noch so unvernünftiger seyn, darüber zu vergessen: ja eben weil jene Auslegung ein so vernünftiges Ergebniß liefert, halte ich sie für unrichtig. Das Correctorium sagt, nach dem bisherigen Rechte „were einem armenn leichtvertigen person wenig daran gelegenn, ob sie einen posen mordt oder todschlag thet, vnnd

stands wurde in das Correctorium (Nr. 16.) folgende Bestimmung aufgenommen:

„So ein todtschleger nach verscheinung des jars sich zu puß vnnd pesserung nach erkenntnus der rethe erpeut, vnd des entleubtenn freunde nit vorhanden weren vnnd auch dergleichen poten: so soll man sich zuforderst der

---

darumb nit mer dan ein jarlang den stiefft mide." Wie, frage ich, lassen sich diese Worte erklären, wenn es wahr ist, daß die Ertheilung des Geleits in der rechtlichen Beurtheilung des Falls keine Veränderung hervorbrachte, und somit namentlich die Criminalstrafe, d. h nach H. G. O. Art. 162. die Schwertstrafe noch fortwährend verhängt werden durfte? Offenbar haben jene Worte blos dann einen Sinn, wenn wir annehmen, daß durch das Geleit auch jede sonst drohende Strafe abgewendet wird, und blos die civilrechtlichen Ansprüche auf „buß vnd besserung" (H. G. O. Art. 181.) stehen bleiben. (Es ergiebt sich dieses auch schon aus der unmittelbar vorhergehenden Bemerkung des Correctoriums: „so genossenn leichtuertig arm personn jrer armut vnnd leichtuertigkeit dermasen, das sie gar gering burgerlich straff darumb empfahen mochten." Diese „burgerlich straff" bildet hier keineswegs den Gegensatz zu einer noch außerdem Statt findenden Criminalstrafe, sondern sie erscheint vielmehr, wie der Zusammenhang mit dem gleich Folgenden beweist, als der einzige Nachtheil, von dem hier überhaupt die Rede seyn kann.) Aber noch mehr. Die angeführten Worte: „were einem armenn leichtuertigen person wenig daran gelegenn" rc. liefern zugleich den Beweis, daß der Ablauf des Jahrs hier nicht von dem Augenblicke der ausgesprochenen Acht, sondern von dem des begangenen Verbrechens gezählt werden muß; ja es ist gerade in dieser Hinsicht die Behauptung von Abegg um so weniger zu vertheidigen, da dieselbe auf einer höchst willkührlichen, durch den Inhalt des Art. 271 nicht im entferntesten unterstützten Hypothese beruht. Allein freilich, was nun die entgegengesetzte Interpretation dieses Artikels angeht, so scheint dieselbe dem Verfasser der Bambergensis eine fast unbegreifliche Kopflosigkeit unterzuschieben: der Todtschläger, der sich dem Ausspruche des Gerichts unterwirft, hat die Strafe des Schwerts zu erwarten, während derselbe Todtschläger, wenn er nur ein Jahr lang von seiner Heimath sich entfernt hält, mit gar keiner Strafe belegt werden soll! Nichts desto weniger möchte sich diese Bestimmung, wenn auch nicht rechtfertigen, doch wenigstens erklären lassen. Vor allem nämlich dürfen wir nicht vergessen, daß es hier keineswegs von einer Schwarzenberg'schen Neuerung sich handelt, sondern von der Anerkennung eines bisherigen Gewohnheitsrechts, („wie dann

geschicht vnd vmbstende solcher entleibung auff das fueglichst vnnd mit vleis erkunden, vnnd alles an meinen gnedigenn herrn bracht werdenn, vnnd sein gnade alsdan selbst darinnen beschied geben, ob derselbig theter also gleyt werden soll oder nit."

---

vnsers hoffs gewonheyt vnd herkommen ist",) welches Schwarzenberg nur nicht abzuschaffen wagte, und welches wieder um so begreiflicher ist, als auch schon in dem ältesten Bamberger Rechte (Stadtr. §. 155. 156.) das sichere Geleit einen Umfang und eine Wirkung hatte, wie dieses an anderen Orten nicht eben gewöhnlich war. Dazu kommt aber außerdem, daß gerade der Todtschlag in den gesammten früheren Rechte, ja in dem Norden Deutschlands sogar noch lange nach dem Erscheinen der Carolina, keineswegs als ein besonders strafbares Verbrechen angesehen, sondern gewöhnlich blos mit „buß vnd besserung", nicht aber mit einer wirklich öffentlichen Strafe geahndet wurde (**Frey** Observatt. ad iur. crim. Teuton. histor. p. 18—21. 67—69.): eine Ansicht, die es zum mindesten entschuldigen mag, wenn auch Schwarzenberg wenigstens bei dem vorliegenden Artikel dieselbe adoptirte, obgleich auf der anderen Seite ihn noch immer der Vorwurf trifft, daß er auf diese Weise, gegenüber seiner allgemeinen Regel in H. G. O. Art. 162., sich eine arge Inconsequenz hat zu Schulden kommen lassen. Endlich könnte man noch sagen, daß der im Art. 271. hervorgehobene Gegensatz zwischen Mördern und Todtschlägern vielleicht nicht einmal in der sonst gewöhnlichen, streng technischen Bedeutung gebraucht sey, sondern daß unter den ersten überhaupt alle diejenigen verstanden werden müßten, welche entweder irgend eine dolose Tödtung, im Gegensatze zu der blos culposen, oder doch mindestens diejenigen, welche eine solche dolose Tödtung begangen hätten, wobei alle gewöhnlichen Milderungs- und Entschuldigungsgründe als ausgeschlossen erschienen. Wäre diese Erklärung richtig — und in der That möchte wenigstens das für dieselbe sprechen, daß auch in dem früheren Rechte (**Zoepfl** das alte Bamb. R. S. 112.), an das sich ja eben der vorliegende Artikel anlehnt, die Worte „mord" und „morder" in jenem weiteren Sinne gebraucht wurden — so würde das Unvernünftige der fraglichen Vorschrift um ein Bedeutendes gemildert werden. Nach der Ansicht der Bambergensis würde dann von einer Tilgung der Strafe durch sicheres Geleit, in so fern nämlich wirklich der Verbrecher wenigstens ein Jahr lang sich auf der Flucht befunden hätte, blos unter der Voraussetzung die Rede seyn, wenn das Verbrechen entweder zu den rein culposen oder jedenfalls zu den am mildesten zu beurtheilenden dolosen Tödtungen gehörte. Ja es würde alsdann der Sinn des Art. 271. un-

Noch wichtiger ist die Bestimmung in Nr. 17. (Hohbach a. a. O. S. 269.) Die Bambergensis hatte im Art. 242. den Satz aufgestellt, daß wenn ein Angeklagter, der selbst „auff den dritten rechttag" sich nicht gestellt hatte, und in Folge dieses Ungehorsams in die Acht erklärt worden war (Art. 239.), etwa nachträglich noch „jne zum rechten zuuerglеyten" begehren sollte, dieses blos „fur gewalt aber nit fur recht" geschehen dürfe [76]). Der Sinn dieser Vorschrift ist klar. Das Geleit sollte hier lediglich die Wirkung haben, den Angeklagten gegen die Folgen der Achterklärung (Art. 241.), und daher vorzugsweise gegen die Verfolgungen von Privatpersonen („fur gewalt"), nicht aber gegen die Ansprüche des Gerichts („fur recht") in Schutz zu nehmen. Im Gegentheile sollten diese Ansprüche — die rechtliche Erörterung und Entscheidung des Falles — genau in derselben Weise Statt finden, als ob keine Acht ausgesprochen worden wäre, sondern der An-

---

gefähr der nämliche seyn, wie ihn das Correctorium durch eine besondere Verordnung festzustellen sucht, und der Vorwurf jener Kopflosigkeit würde jetzt nicht sowohl Schwarzenberg, als vielmehr — wiewohl „darjnnen vntter den rethenn zweyuel vnnd speltung eingefallen sein" — die Bamberger Gerichte treffen, welche, an die sonst aufgestellte Bedeutung von „todtschleger" sich haltend, auch bei diesem Artikel dieselbe zur Anwendung bringen wollten. Allein sey dem, wie ihm wolle: auf jeden Fall scheint mir so viel entschieden, daß, was den Begriff und die Wirkung des hier erwähnten Geleits betrifft, wenigstens jetzt, Angesichts unseres Correctoriums, jeder Zweifel verschwinden muß. Außer der gewöhnlichen Art des Geleits, welche Abegg a. a. O. S. 152 ff. so richtig geschildert hat, und deren Hauptcharakter gewiß sehr bezeichnend als restitutio in integrum gegen die ausgesprochene Acht dargestellt wird, müssen wir, im Sinne der Bambergensis, noch eine zweite Art unterscheiden, welche ohne vorausgegangene Acht Statt fand und, unter gewissen Voraussetzungen, den Verbrecher nicht blos gegen die Angriffe der Verletzten, sondern selbst gegen jede (strafrechtliche) Verfolgung von Seite des Gerichts sicher stellte. Auf die erste Art, die Regel, bezieht sich H. G. O. Art. 180. 242. 246., von der zweiten Art, der Ausnahme, redet H. G. O. Art. 271.

76) S. auch Bamb. H. G. O. Art. 89.

geklagte gleich anfangs sich gestellt hätte [77]). Allein in der Praxis scheint man sehr bald weiter gegangen zu seyn, und anstatt blos die gewöhnlichen Formen des Processes zur Anwendung zu bringen, sich Willkührlichkeiten und Rechtsverkürzungen in dem Grade erlaubt zu haben, „das", wie das Correctorium sagt, „vnschuldig person aus forchtenn jrer verkurzung im rechtenn nit fur gericht komenn, vnnd also vnschuldiglich geecht werdenn mochten" [78]). Gerade gegen diese eingerissenen Mißbräuche und Gesetzwidrigkeiten ist nun die Bestimmung des Correctoriums gerichtet. „Domit nymandt deßhalb verkurzt vnd vnschuldiglich beschwerdt werde", schreibt es vor, daß auch in dem hier vorausgesetzten Falle, eben so „wie man sonsten zu, auff vnd vonn dem landtgericht in gemeltten fellenn gleyt gibt," das Geleit bewilligt werden solle. Offenbar hatte man nicht die Absicht, durch diese Vorschrift etwas Neues aufzustellen, sondern man wollte blos dem Unfuge der Gerichte entgegentreten und dieselben zu einer strengeren Beobachtung des Gesetzes nöthigen. Allein gerade in diesem hier so scharf betonten Unfuge der Praxis auf der einen Seite, und in dem so nachdrücklichen Bestreben auf der anderen Seite, die Schwarzenberg'schen Satzungen wenigstens in dieser Hinsicht sich unverletzt zu bewahren, liegt das Interessante. Die Gerichte konnten sich noch immer nicht daran gewöhnen, die alte Strenge des Achtprocesses zu vergessen [79]); der unbefangenere und höher stehende Theil des Publicums aber sah die Zweckmäßigkeit der

---

77) Abegg Erörterungen I. S. 177. 187. Derselbe im Arch. d. Crim. R. 1840. S. 491.

78) Vgl. auch P. G. O. Art. 156. . . „vnd soll inn disen außfürungen beydertheyl nottürftig fürbringen, vrkhundt vnd kundtschafft, wie sich inn recht gebürt, zugelassen, vnd nit, wie inn etlichen orten mißbraucht, abgeschnitten werden."

79) Vgl. Maurer Geschichte des altgerman. Gerichtsverfahrens S. 54 – 56.

Schwarzenberg'schen Bestimmungen [80]) sehr gut ein, und während man vor der Hand blos einmal an diesen festzuhalten suchte, kam man, durch immer größere Berücksichtigung der Grundsätze des römischen Rechts [81]), nach und nach dazu, das Verfahren in Contumacialfällen in der Weise zu fixiren, wie wir es jetzt in unserer neuesten Rechtsbildung vorfinden.

Bei weitem am zahlreichsten endlich sind die Stücke, welche in die fünfte Klasse gehören. Da es sich hier nicht von allgemeinen Vorschriften, sondern von Entscheidungen einzelner Fälle handelt, so möchte man glauben, daß dieselben nur in einem geringeren Grade unsere Aufmerksamkeit verdienten. Allein genauer besehen läßt sich dieses doch kaum behaupten. Wenigstens einige dieser Stücke sind von der Art, daß sie uns einen ungleich tieferen Blick in die Gestaltung des damaligen Rechtslebens, in die Art und Weise, wie die Schwarzenberg'schen Bestimmungen in der Praxis selbst aufgefaßt und durch dieselbe weitergeführt worden sind, thun lassen, als wir dieses von irgend einer allgemeinen Vorschrift, und sollte dieselbe auch anscheinend die allerwichtigste seyn, sagen können. Ja noch mehr: gerade weil man diese Entscheidungen für wichtig genug gehalten hat, um sie in das Correctorium aufzunehmen, müssen wir voraussetzen, daß denselben gleich anfangs eine höhere Bedeutung beigelegt und sie gewissermaßen als Richtschnur bezeichnet werden sollten, an welche die Gerichte in allen ähnlichen Fällen sich zu halten hätten. Die sonstigen Urtheilsprüche, die wir aus dieser Zeit besitzen, lassen sich

80) Allerdings enthielten auch diese Bestimmungen keine eigentliche Neuerung, sondern blos eine wiederholte Einschärfung derjenigen Regeln, welche bisher mehr in der Theorie als in dem wirklichen Leben anerkannt worden waren. Vgl. Maurer a. a. O. S. 92—94. 216—218.

81) Vgl. Meine Geschichte des röm. Criminalproc. S. 597—599.

in Ansehung ihrer Wichtigkeit mit den Urtheilsprüchen, wie sie in dem Correctorium enthalten sind, gar nicht verglei- chen. Ich will blos Einiges hervorheben.

Das Verbrechen der Bigamie gehört bekanntlich zu denjenigen, wo Schwarzenberg, durch seine falsche Auffas- sung des römischen Rechts verleitet, sich nicht recht zu hel- fen wußte. Er sah die besondere Verwerflichkeit einer sol- chen Handlung und namentlich, verglichen mit dem bloßen Ehebruche, die größere Strafbarkeit derselben sehr wohl ein. Allein, weil er nach der Autorität der damaligen Ge- lehrten meinte, das römische Recht gehe hier von der ent- gegengesetzten Ansicht aus, und anstatt also eine härtere Strafe wie bei dem Ehebruche festzusetzen, lasse es sogar eine mildere und insbesondere unter keiner Voraussetzung die Todesstrafe zu, nahm auch er in die Bambergensis (Art. 146.), obgleich, wie man sieht, mit Widerstreben diese nämliche Ansicht auf, und lediglich als Ausnahme, für die allerschwersten und scandalösesten Fälle, gestattete er hier die Anwendung der Todesstrafe [82]). In der Praxis selbst jedoch scheint man sehr bald über diese (vermeintliche) Theorie des römischen Rechts sich hinweggesetzt und das- jenige, was Schwarzenberg blos als Ausnahme erlaubt hatte, zur Regel erhoben zu haben. Gleich wie es näm- lich schon bisher gewöhnlich gewesen war [83]), die Bigamie

82) Vgl. Grolman in d. Biblioth. d. peinl. Rechtsw. Th. I. St. I. S. 89 — 93. Wächter Lehrb d. Strafr. II. S. 457. 463. 464. Derselbe Abhandl. aus d. Strafr. I. S. 153.

83) Bamb. H G. O. Art. 146. . . „Und wiewol an vil enden gewonheyt, das das gemelt vbel mit dem wasser zum tode gestrafft wirdet" ꝛc. Goslarer Statut. aus dem 14. Jahrh. (herausg. von Göschen, Berlin 1840.) S. 49. „Let en man sich en echte wif gheven, unde nimt he en ander wif de wile de levet, de he vore to echte genomen hadde, kumpt men des boven ene, de heft sin lif vorböret. Dat selve recht heft de vrowe, de sich enne echten man gheven let de wile ere vör- dere echte man levet." Wismarer Stadtr. aus dem 13. Jahrh. (Burmeister Alterthümer des Wismarschen Stadtrechts.

fast durchgängig mit dem Tode zu bestrafen, so finden wir auch in dem Correctorium (Nr. 10.) ein einzelnes Urtheil vom 25. Juni (monntag nach Johannis Baptiste) 1509 aufgenommen, wo der bigamische Ehemann zum Tode, und zwar zur Strafe des Ertränkens verurtheilt wurde. (Hohbach a. a. O. S. 256.) Ja wie gewöhnlich hier gerade die Strafe des Ertränkens selbst gegen Männer gewesen seyn muß [84]), ersehen wir auch noch aus einem anderen, leider

Hamburg 1838.) S. 22. Si quis habuerit legitimam mulierem, et, illa dimissa, ducit aliam, et, si prima hoc probare potest per testes ydoneos, quod sua sit legitima, illi viro debet apputari caput pro suo excessu, et similiter eciam de muliere. Tiroler Malefizord. v. J. 1499. §. 19. (Radolphzeller Malefizord. v. J 1506. §. 10.) „Ob ain man zway weiber nämb, oder ain weib zwen mann, denselben mann oder frawen zu ertrennken." Soester Stadtr. aus dem 16. Jahrh. (Westphalen Monum. inedit. Tom. IV. p. 3085.) Art. 45. „Hevet ein mann ein echte wief, effte eine echte frowe einen echten man, nemet de man ein ander echte wyf darenboven, effte nemet de frowe einen anderen echten mann daren boven, so welcker des overgain wert als ein recht ist, de hefft sein lieff verboiret" Ulr. Tengler Layenspiegel. Straßburg 1514. fol. 126 b. „Wann so yemands in gestalt einer ee, bey leben seins ersten eegesellen, wissentlich noch ain annders annympt, die sein vmb solchen betrug gewonlich an iren leiben oder im wasser zum tod straffbar." Blos an einigen Orten war man hier etwas milder: Kaiserrecht II. 85. Hamburger Stadtr. v. J. 1292. (1497.) O. §. 21. (Thesaurus iuris provincialis et statutarii Germaniae. Giessen 1756. Bd. I. S. 706.) Lübecker Stadtr. aus dem 13. Jahrh. (herausg. von Hach, Lübeck 1839) I. 57. II. 9. III. 113. 387. Freisinger Stadtr. v. J. 1359. (Freyberg Sammlung historischer Schriften und Urkunden Bd. V.) S. 187. (Trotz aller dieser Bestimmungen, die sich vielleicht noch mit einigen anderen vermehren lassen, sagt Jarcke Handb. d. Strafr. III. S. 65. Not. 4. „In den deutschen Quellen des Mittelalters geschieht der Bigamie nicht Erwähnung." Es ist wirklich arg, bis zu welchem Grade oft selbst unsere tüchtigsten Criminalisten gerade in der Geschichte des deutschen Strafrechts sich als Fremdlinge zeigen!)

84) Das Ertränken wurde von jeher, und namentlich auch von Schwarzenberg eigentlich nur als Strafe der Frauen betrachtet Bamb. H G. O. Art. 149. 155. 156. 158. 185. 188. P. G. O. Art. 124. 130. 131 133. 159. 162. Vgl. Grimm

undatirten Urtheile, welches in dem oben erwähnten Manuscripte des Königl. Archivs zu Bamberg sich findet [85]).

deutsche Rechtsalterth. S. 696. Allein freilich erlitt diese Regel auch immer einzelne Ausnahmen. S. z. B. Ochs Geschichte der Stadt und Landschaft Basel. Berlin, Leipzig u. Basel 1786 ff. Bd. II. S. 360.

85) Clag vnd vrtheil contra den Zwickhstein, so drei ehweiber zur Ehe genommen.

Clag.

Herr richter! Peter Jacob der ancleger clagt zu Hannsen Zwickhstein dem übeltheter, so gegenwerttig vor gericht sthet, der missethat halben, so er mit dem, das er hieuor vnd erstlich ein ehlich weib von Nürmberg bürttig, Khatharina genannt, genommen, mit der zu Melckhenndorff bei Culmbach zu khirchen vnd strassen gangen ist, vnd nachmals, vnwissent ob dieselb sein erste hausfrau noch im leben ist oder nit, noch zwo junckfrauen, so beede noch im leben, eine Zum Gefelle vnd die ander zu Ruchendorff, zu der ehe genommen, vnd sich mit jder inn fleischlichen wercken vermischt, als er auch mit der zu Rüchendorff zu kirchen vnd strassen ganngen; ist auch inn der handlung vnd übung gewest, noch ein junckhfrau Zum Kupferberg zu der Ehe zunehmen, inn mainung mit jr seinen willen zuuerbringen vnd alßdann von jr zugehen, wie er sich dann von der Zum Gefelle gethan, auch willens gehabt sich von der, die er zu Rugendorf genommen hat, auch zuthun: alßdann das alles sein bekanntnuß angezaigt, damitt er, zusambt solchem jemmerlichenn betrug, das heilig sacrament der ehe, vnd deßhalb die ordnung der christlichen kirchen hoch mißbraucht vnd geschendet, vnd den gemellten dreien weibßbilden, sonderlichen den lezten zweien, so er junckhfrau weiß genommen, vnd vor disem gericht guts ehrlichs stanndts vnd gerüchts erschollen, an solchen jrnn leimuth durch solche übelthat mercklich zuwider schaden vnd nachteil gehandlet hat; vnd bitt das jr diser clag halben alle handlung vnd auffschreiben, wie das alles nach löblicher rechtmessiger ordnung meines genedigen fürsten vnd herrns von Bambergs peinlichen gerichts genugsamblich geschehen, vleissig ermessen wolt, vnd das darauf der beclagt, vmb die überwunnden übelthat, mit entlicher vrthl vnd recht peinlich vom leben zum tod gestraft werden.

Vrthell.

Nach dem Hanns Zwickhstein, so gegenwerttig vor gericht sthet, hieuor vnd erstlich ein ehlich weib vom Nürmberg bürtig, Katharina genannt, genommen, mit der er zu Melckhendorff bei Khulmbach zu kirchen vnd strassen ganngen, vnd nachmals, vnwissent ob dieselb sein erste hausfrau noch im leben seie oder nit, noch zwo junckhfrau, die noch im leben sein, eine Zum Gefelle vnd die annder zu Ruchendorff, zu der ehe genommen, vnd sich mit jeder mit fleischlichen werckhen ver-

Unter diesen Umständen, bei diesem thatsächlichen Proteste, den die Gerichte gegen die Schwarzenberg'sche Vorschrift einlegten [86]), ist es nun aber sehr begreiflich, daß man bei Redaction der Carolina wenigstens zu einer theilweisen Nachgiebigkeit sich entschlossen hat. Die Bestimmung der P. G. O. Art. 121. daß die Bigamie schlechthin mit derselben Strafe wie der Ehebruch belegt werden soll, erscheint gewissermaßen als ein Versöhnungsversuch zwischen beiden Partheien, zwischen dem Verlangen der damaligen Romanisten und den Forderungen der Praktiker. Aber freilich war dieses nur ein Versuch, und zwar ein ziemlich unglücklicher. In derselben Weise, wie die Praxis sich über den Art. 146 der Bambergensis hinweggesetzt hatte, setzte sie sich gar bald auch über den Art. 121. der Carolina hin-

mischt hat, als er auch mit der von Rugendorff zu kirchen vnd strassen ganngen; ist auch inn handlung vnd übung gewest, noch ein junckhfrau Zum Khupferberg zur ehe zunemen, inn mainung mit jr seinen willen zuuerbringen vnd alßdann von jr zugehen, wie er sich dann von der Zum Gefelle gethan, vnd auch willenns gehabt hat sich von der, die er zu Rugendorff genommen, auch zuthun: alsdann das alles sein bekantnuß anzaigt, damit er, zusambt solchem jemmerlichem betrug, das heilig sacrament der ehe, vnd deßhalben die ordnung der heiligen christlichen khirchen höchlich mißbraucht vnd geschenndet, auch gemellten dreien weibßbildern, vnd sonderlichen den letzten zwaien, so er junckhfrau weis genommen, vnd vor disem gericht guts ehrlichs standts vnd geruchts erschollen, an jrenn solchem guten leimuth durch solche übelthat mercklichen zuwider schaden vnd nachteil gehandelt hat — Ist darumb aus solchen vnd anndern guten beweglichen vnd rechtmessigen vrsachen, vnd stattlichen gehabtem rath, entlich zu recht erkennt, das gedachter Hanns Zwickhstein, vmb angezaigte übelthat, mit dem wasser von dem leben zum tod gestrafft werden solle.

86) S. auch Baiern Landr. v. J. 1518. Tit. XIX. Art. 9. „Von straff des, der zway oder mer eeliche weyber nymbt. Wo ainer ain eelich weib het, vnnd dartzu ain andere betrügt, vnd jr auch die ee verhaist, vnnd sy darüber fleischlich erkhennt: wirdet er des vberwisen alls recht ist, der sol leyb vnd leben verwürckt haben, vnnd der richter sol denselben vom leben zum tod vrtayln, allso das man denselben in ainen sackh stoß vnnd ertrennckh."

weg: die Bigamie wurde fortwährend nicht nur als strafbarer wie der Ehebruch betrachtet, sondern bis in das achtzehnte Jahrhundert sogar durchgängig gerade mit dem Tode belegt [87]). Ja man kann wohl sagen, daß sowohl die Bambergensis als die Carolina hier fast nur in so fern eine Bedeutung haben, als sie uns einen recht deutlichen Beweis liefern, wie eitel das Bemühen erscheint, die in dem Volke lebenden und eingewurzelten Rechtsbegriffe durch legislative Neuerungen verkehren oder umstoßen zu wollen.

In Ansehung des Incests macht die Bambergensis Art. 142. einen Unterschied, je nachdem derselbe zwischen näheren oder entfernteren Verwandten begangen wird. In dem letzten Falle, namentlich „so einer vnkeusch mit seiner stifftochter, mit seines suns eeweyb, oder mit seiner stiffmutter treibt", soll lediglich die Strafe des Ehebruchs — Hinrichtung durch das Schwert — Statt finden. Unter der ersten Voraussetzung dagegen, wenn nähere Verwandten sich des Verbrechens schuldig machen, „sol die straff derhalb nach radt der verstendigen beschwert werden."

87) Außer den schon von Jarcke Handb. d. Strafr. III. S. 74. Not. 23. beigebrachten Landesgesetzen, gehören hierher: Churpfalz Landesord. v. J. 1582. (Heydelberg 1582.) Th. V. Tit. 31. Hadeln Landr. v. J. 1583. (herausg. von Spangenberg, Hannover 1823.) Th. V. Tit. 12. Württemberg Generale v. J. 1586. (Anhang z. Württemb. Lands-Ordnung, Stuttgart 1661.) §. 24. Baden-Baden Landr. v. J. 1588. (Karlsruhe 1805.) Th. V. Tit. 17. Preußen Entwurf v. J. 1594. Th. IV. Tit. 11. (abgedr. in Hitzig's Zeitschrift für Preuß. Criminalrechtspfl Suppl. 1. S. 53.) Hamburg Stadtr. v. J. 1605. (herausg vom Vereine für Hamburgische Geschichte. Hamburg 1842.) Th. IV. Art. 31. Baiern Malefizproceßord. (Landr. Th. IX.) v. J 1616. Tit. VIII. Art. 3. Codex iur. Bavar. crim. v. J. 1751. Th. I. Kap. 6. §. 9. (Das angeführte Hamburger Stadtrecht ist zwar auch schon von Jarcke a. a. O. citirt; allein nicht blos er, sondern selbst noch Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 63. setzen es in das Jahr 1603 statt in das J. 1605. Vgl. Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta, herausg. auf Veranlassung des Vereins für Hamburgische Geschichte. Hamburg 1842. S. XVIII.)

In der Carolina Art. 117. ist dieser Unterschied weniger scharf hervorgehoben; allein dessen ungeachtet kann es wohl keinen Zweifel leiden, daß auch hiernach ungefähr dieselben Rücksichten zur Anwendung kommen sollten. Somit dringt sich denn von selbst die Frage auf, worin gerade jene „beschwerung" bestanden hat, welche unter der genannten Voraussetzung noch neben der Todesstrafe erkannt zu werden pflegte [88]). Das Correctorium giebt hierauf keine Antwort, wohl aber das vorhin genannte Bamberger Manuscript. Hier findet sich nämlich ein einzelner Fall [89]), wo ein Vater, und zwar selbst noch während des

88) Vgl. auch Wächter Abhandl. aus d. Strafr. I. S. 184 ff.

89) Clag.

Herr richter! Peter Vischer der ancleger clagt zu Paulusen Weinmann den übeltheter, so gegenwerttig vor gericht steet, der missethat halb, so er mit d..n, das er mit seiner ehlichen tochter vnkeüschheit getriben vnd sich mit jr inn fleischlichen werckhen vermischt hat, wie er dann solches inn seiner vhrgicht bekennt, damitt er, diweil sein ehliche hausfrau noch im leben, nit allein das heilig sacrament der ehe, vnd derhalb die ordnung der heiligen christlichen khirchen hoch mißbraucht vnnd geschendet, sonnder auch sein ehleibliche tochter vmb jr junckhfreülich ehr vnd guten leimuth, inn vnehre, schanndt vnd laster bracht hat: so bitt er demnach diser clag halb alle handlung vnd aufzuschreiben, wie das alles nach löblicher rechtmessiger ordnung meines genedigen herrn von Bambergs peinlichen gericht genugsamb geschen, vleissig ermessen vnd darauf erkhennen wolt, das der beclagtt, vmb die übelthat mit seiner aigen bekanntnuß überwunden, mit enntlicher vrthl vnd recht peinlich vom leben zum tod gestrafft werde.

Vrthl.

Dieweil Paulus Weinman mit seiner ehlichen tochter vnkheüschheit getriben vnd sich mit jr inn fleischlichen werckhen vermischt, als er dann solches inn seiner vhrgicht nach der leng bekhannt hat, damit er, dieweil sein ehlich hausfrau noch im leben, nit allein das heilig sacrament der ehe, vnd deßhalb die ordnung der heiligen christlichen kirchen hoch mißbraucht vnd geschendet, sonnder auch sein ehliche tochter vmb jr junckhfrauliche ehr vnd guten leimuth, inn vnehr, schandt vnd laster bracht hat — Ist, nach stattlichen gehabtem guten rhat, entlich zu recht erkannt, das gedachter Paulus Weinman mit dem schwert vom leben zum tod gestrafft, vnd sein cörper mit dem feür verbrent werde.

Lebens seiner Ehefrau, mit der eigenen Tochter in Blutschande lebte. Die Aburtheilung dieses Falls erfolgte, der gesetzlichen Vorschrift gemäß, erst „nach stattlichen gehabtem guten rhat", und die endliche Strafe des Vaters bestand darin, daß derselbe nicht blos enthauptet, sondern daß noch überdies „sein cörper mit dem feür verbrent" wurde. Dieser Zusatz zu der regelmäßigen Strafe ist nun in doppelter Beziehung merkwürdig [90]). Einmal um deswillen, weil wir durch ihn wenigstens einen Anhaltpunkt zur Beantwortung unserer soeben aufgeworfenen Frage erhalten; außerdem aber auch noch aus dem Grunde, weil wir hieraus ersehen, mit welcher Freiheit die damaligen „rechtverstendigen" zu verfahren pflegten. Nach unseren heutigen Ansichten gilt es als feststehender Grundsatz, daß überall, wo der Gesetzgeber die Strafe eines Verbrechens unbestimmt gelassen hat, wenigstens die sonst von demselben gebilligten Strafarten nicht verlassen werden dürfen, sondern gerade von diesen immer die eine oder die andere gewählt werden muß [91]). Allein ganz anders finden wir es hier. Das Verbrennen der Leiche des Hingerichteten ist eine Art der Strafschärfung, welche weder in der Bambergensis noch in der Carolina vorkommt: dessen ungeachtet haben die Gerichte des sechzehnten Jahrhunderts keinen

---

90) Wollte man ein Gewicht darauf legen, daß hier neben dem Inceste auch ein Ehebruch begangen worden ist, so würde der Fall noch ein neues Interesse bekommen. Es würde derselbe dann zugleich einen Beitrag für die Art und Weise liefern, wie man bei dem Vorhandenseyn einer Verbrechensconcurrenz zu verfahren pflegte. Ja es ließe sich für die Beurtheilung einer solchen Verbrechensconcurrenz vielleicht selbst der in Not. 85. abgedruckte Fall benutzen.

91) E. Henke Criminalistische Versuche. Berlin 1807. S. 72. G. Jordan über die Auslegung der Strafgesetze. Landshut 1818. S. 98. 126. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. §. 142. Martin Lehrb. d. Criminalr. §. 60. Not. 3. Bauer Lehrb. d. Strafr. §. 149. Henke Handb. d. Criminalr. I. S. 589. Heffter Lehrb. d. Criminalr. §. 162. Marezoll Criminalr. S. 125.

Anstand genommen, von dieser Schärfung Gebrauch zu machen, wenn sie, den gegebenen Umständen nach, dieses für recht und zweckmäßig erachteten [92]).

Nicht viel anders als mit dem Inceste, oder wenigstens mit den höchsten Graden desselben, verhielt es sich mit der Gotteslästerung. Auch hier sind die Schwarzenberg'schen Bestimmungen in so allgemeinen und vagen Ausdrücken abgefaßt, daß es fast ausschließlich die Praxis war, von welcher das Maaß der Strafe fixirt werden mußte [93]).

---

92) Mehrere andere Urtheile aus dem Anfange des siebzehnten Jahrhunderts, wo die Strafe des Incests gleichfalls dadurch geschärft wurde, daß man die Leiche des Hingerichteten verbrannte, erwähnen: Thesaur. iur. provinc. et statut. German. II. p. 326. Döpler Schauplatz derer Leibes- und Lebensstraffen. Sondershausen u. Leipzig 1693. 1697. Th. II. S. 585 Hieraus läßt es sich denn auch erklären, wie einige Landesgesetze dazu kommen konnten, den Incest sogar mit der Strafe des Lebendigverbrennens zu belegen. Churpfalz Landesordn. v. J. 1582. Th. V. Tit. 32. Baden-Baden Landr. v. J. 1588. Th. V. Tit. 18. §. 1. Codex iur. Bavar. crim. v. J. 1751. Th. I. Kap. 6. §. 1. Allmählig wurde es jedoch gerade umgekehrt Regel, überall, wo eigentlich auf die Strafe des Feuertods hätte erkannt werden sollen, blos noch das Verbrennen der Leiche anzuwenden. Baiern Malefizproceßordn. (Landr. Th. IX.) v. J. 1616. Tit. VIII. Art. 9. „Diejenige, welche mit dem Fewr vom Leben zum Todt sollen gerichtet werden, sein im 109. 111. 116. 125. vnd 172. Articuln der Kayserlichen peinlichen Halßgerichtsordnung außgetruckt. Es mag aber der Richter nach Gestaltsame der Vbelthat, da sie nit gar vber schwer, vnd der Vbelthäter christliche Reuhe seiner Mißhandlungen erzaigte, dise Straff also miltern, daß der arme Sünder nicht lebendig verbrennt, sonder zuuor mit dem Strang an der Saul ertödt werde." S. auch Quistorp Grunds. d. peinl. R. herausg. von Klein u. A. I. S. 129. Salchow Darstell. d. Lehre von Strafen u. Verbrechen I. S. 252. Tittmann Handb. d. Strafrechtsw. I. S. 117. Dieses Verbrennen der Leiche, als Schärfung der einfachen Todesstrafe, war übrigens längere Zeit etwas ganz Gewöhnliches. Vgl. Döpler a. a. O. II. S. 570. 574. 575. 578. 586.

93) Bamb. H. G. O. Art. 127. P. G O. Art. 106. . . „sollen durch die amptleut oder richter von ampts wegen angenommen, eingelegt, vnd darum an leib, leben oder glidern, nach gelegenheyt vnd gestalt der person vnd lesterung, gestrafft werden."

Einen Beitrag für die Kenntniß der Art und Weise, wie dieses geschehen ist, liefert das Correctorium in Nr. 13. (Hohbach a. a. O. S. 246.) Hieraus ersehen wir, wie ein Gotteslästerer durch Urtheil vom 25. September (mitwochenn nach Mathei) 1510 mit der Strafe des Ruthenaushauens, mit fünfjähriger Landesverweisung und mit Ausschwörung ewiger Urphede belegt wurde.

Ein ganz eigenthümliches Interesse gewährt noch Nr. 12. [94]). Ein Unterthan des Bischofs zu Bamberg hatte an verschiedenen Personen und namentlich an dem Truchseß und Hofmeister des Markgrafen von Brandenburg sich thätlich vergriffen. Der Truchseß erhob hierauf Klage vor den Bamberger Gerichten, und als diese den Beschuldigten verhaften lassen wollten, leistete derselbe Widerstand, in Folge dessen er getödtet wurde. Allein jetzt entstand ein anderes Bedenken. Der gesetzlichen Vorschrift gemäß [95]) hatte der Ankläger, ohne an einen solchen Auszgang der Sache zu denken, die erforderlichen Proceßkosten vorgestreckt, und wie es scheint hatte auch das Gericht bereits ein definitives Erkenntniß hierüber erlassen. Dessen ungeachtet glaubte der Truchseß gegen dieses Erkenntniß remonstriren zu dürfen, und weil ihm die Kosten zu hoch angesetzt schienen, wenigstens eine theilweise Rückerstattung verlangen zu können. Diesem Verlangen — sey es wegen der hohen Stellung des Petenten, sey es wegen der Schwägerschaft desselben mit dem betreffenden Amtmanne — wurde in der That entsprochen, und durch Quittung vom 8. October (monntag nach Francisci) 1509 der richtige Empfang des remittirten Gelds bescheinigt. In dieser ganzen Sache

94) Hohbach a. a. O. S. 236. glaubte auch dieses Stück, „da es lediglich kein Interesse darbot", weglassen zu dürfen.

95) Bamb. H. G. O. Art. 253. „Item so aber ein frembder ancleger einen vbeltetter in vnsern halßgerichten rechtuertigen wölt oder wurde, der solt das thun on kosten vnd schaden vnser vnd der vnsern.

scheint es jedoch nicht so mit rechten Dingen zugegangen zu seyn. Wenigstens finden wir in dem Correctorium eine Note beigefügt, worin gegen jene Rückerstattung protestirt, und zugleich die Erklärung abgegeben wird, daß der fragliche Vorgang keineswegs ein Präjudiz für die Zukunft bilden, sondern schlechthin „der freyschlichen oberkeitt on schadenn" sein solle. Diese Note rührt nun aber von Niemandem anders her, als von „Hanns von Schwarzenberg hoffmeister", und eben deswegen verdient sie unsere besondere Aufmerksamkeit [96]). Ueber Schwarzenberg's

96) Nota. Den Marggrauischen ist die vbermessig costung, so auff die peinlichen rechtuertigung Erhart Bachen gangen ist, widergebenn.

Item als Erhart Bach zu Obernn Schonnfelt wider herr Hannsen druchseß, ritter, hoffmeister ꝛc. vnnd etlich Marggrauisch mit der that gehanndeltt, vnnd darumb, vff desselbenn druchseß ansuchen vnd bitte, in gefencklichenn annemen erschlagenn, zu welchem, nachuolgennd demselben druchsessenn vnnd den Marggrauischen, also tod, vff jr bite strengs rechtens, wie sich geburt, verholffenn wordenn, hat sich gemeltter druchseß der costung, die auff solche handlung vnnd rechtuertigung ergangen ist, beschwert, vnnd vmb widerschaffung der vbermessigen costung dem ambtman zu Obernschainfelt geschriebenn: also ist verfuegt, das gemeltem truchsessenn vnnd den Marggrauischenn vonn solcher costung widergegebenn wordenn ist 2½ fl. 3 pf. 18 den. Als dan das derselbig truchseß gedachtem ambtman zu Obernnscheinfelt zugeschriebenn hat, laut solcher seiner schrifft, also lauttennd. [In dem Züricher Manuscripte, wie ich bei dessen Beschreibung bereits angeführt habe, ist die nachher folgende Note von Schwarzenberg gleich hier eingeschaltet.]

Dem erbernn vnnd vestenn Jorgenn von Thunfelt, ambtmann zu Obernnschainfelt, meinem liebenn schwager.

Mein freuntlich dinst zuuor lieber swager! Ich hab vff dein schreibenn von deinem schultes empfangen 2½ fl. 3 pf. 18 den. Das magstu den rethen zu Bamberg zu schreibenn. Wolst des Cunz Steinmetzen kind halb vff sandt Burckharts tag gein Dachspach schicken, wil ich vff dein schreiben allen vleis furwenden, damit den kindenn, mocht ichts, gefallenn vnd werden; dan dir freuntlichenn willenn zuerzeigen bin ich geneigt. Datum vff monntag nach Francisci anno ꝛc. nono.

Hans truchseß, ritter, hoffmeister ꝛc.

Nota. Dieses einschreibenns gestee ich Hanns von Schwarzenberg hoffmeister nit, wie es eingeschriebenn ist, sunder be-

Thätigkeit als Bamberger Hofmeister hatten wir bisher fast gar keine Nachrichten. Wie wichtig muß uns daher ein Document seyn, welches er gerade in dieser seiner amtlichen Stellung, und überdies gerade in einer Angelegenheit des Justizwesens erlassen hat. Ja es wird diese Wichtigkeit noch größer, wenn wir den Inhalt des Documents betrachten. Schwarzenberg erscheint hier als ein Mann, welcher die strengste Gerechtigkeit handhabt, und bei den Forderungen derselben durch keinerlei Rücksicht auf die Person oder die äußere Stellung der Betheiligten sich bestimmen läßt. Gleich wie wir ihn schon in allen sonstigen Verhältnissen seines Lebens kennen, so tritt er uns auch hier, als bischöflicher Hofmeister, entgegen: die Interessen seines Herrn wahrend, frei von Menschenfurcht, gewissenhaft, gerecht und pflichtgetreu. [97])

---

zeuge, das mir solchs an meiner freyschlichen oberkeitt der ende on schadenn sein solle. Es ist auch obgemeltter Bach inn meinem marckt Scheinfelt gerechtuertigt wordenn, vnnd was dieselbenn schopffen vonn Oberscheinfelt, auch andere, zuuil eingenumen, habenn sie wider gegebenn. Mein handtschrifft.

97) Vgl. Vorrede zu Schwarzenberg's Bearbeitung der Officien des Cicero. (Officia M. T. C. ein buch, so Marcus Tullius Cicero der Römer . . . . in latein geschriben, welchs auff begere herren Johansen von Schwartzenbergs verteütschet, vnd volgens durch jne in zierlicher hochteütsch gebracht ꝛc. ꝛc. Augspurg 1531.) . . . „der ortt (er) allenthalben eyn liebhaber des rechtens vnnd eyn fürderer des fryds, auch eyn hasser alles vbels, sonderlich des raubens, gewalts vnd vnrechtes gewesen." S. auch Herrmann Johann Freiherr zu Schwarzenberg S. 12. 22. 37. 73. 86—91. Zoepfl in d. Zeitschr. für deutsches Strafverf. I. S. 137.

VIII.

Zur Revision der Lehre von der Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung.

II. Die Thäterschaft.

Von
Herrn Dr. Ludwig von Jagemann,
Ministerialrathe im Justizministerium zu Karlsruhe.

In einem früheren Aufsatze (Archiv 1844. Nr. I.) [1]) wurde versucht, das Wesen des Thatbestandes der Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne zu ergründen, und es ergab sich, daß ein sicheres Urtheil darüber nicht ohne Beantwortung von fünf Fragen [2]) möglich ist, welche die regelmäßig in Betracht kommenden Modalitäten umfassen. Damit gelangt man jedoch nicht weiter, als zur Legung eines juristischen Fundamentes der Untersuchung [3]), d. i. zur Gewißheit darüber, ob überhaupt ein

1) Folgende störende Druckfehler sind dort zu berichtigen: S. 3. soll die Verweisung auf Note 3. nach dem Wort „dankenswerth" gestrichen und auf S. 2. in die letzte Zeile nach den Worten: „gezogen worden wäre" versetzt werden; S. 8. Z. 15. v. o. soll es statt: „positiver" heißen: „passiver."

2) A. a. O. S. 10. 11.

3) v. Jagemann in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, N. Folge Bd. II. S 39 fg.

Verbrechen dieser Kategorie begangen sey, oder nicht; wodurch vorläufig nur die legale Voraussetzung zur Entwickelung der criminalrichterlichen Thätigkeit hergestellt ist. Das zweite Stadium, nämlich die Lösung der Frage, ob und wiefern ein bestimmtes Subject diesen Thatbestand verursachte, hängt von den Materialien zu einem Beweis der Thäterschaft ab. Mit der That an sich, mit dem Thatbestand des besondern Verbrechens [4]), ist noch nicht die That für sich, nicht der einzelne [5]) Thatbestand, d. i. diejenige Thatbeschaffenheit ins Klare gesetzt, welche den nächsten Zweck der strafrechtlichen Verfolgung, nämlich die Ermittlung der Art und des Grades [6]) ausmacht, wie sich der Einzelne der Gesammtheit, dem Ausspruch des Gesetzes, entgegengestellt hat.

Von einem Verbrechen kann freilich gar nicht die Rede seyn, sofern nicht von vorn herein constirt, oder doch wahrscheinlich ist, daß es eine menschliche Willensäußerung war, welche das die richterliche Aufmerksamkeit erregende Ereigniß hervorgerufen [7]); darum ist auch in jenen fünf Fragen die eine vorangestellt [8]): „Ob das

---

4) Abegg, Lehrb. d. Strafrechtswissenschaft S. 102.

5) Es genügt nicht, wenn man mit den älteren Praktikern, blos abstracten und concreten, oder allgemeinen und besondern Thatbestand unterscheidet, indem dabei das Mittelglied der logischen Kategorie fehlt. Kant, Logik §. 62. Hillebrand, Logik §. 385.

6) Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. §. 75.

7) Unglücksfälle liefern zwar einen Erfolg, der auch der Vermuthung eines Verbrechens Raum läßt; allein die unzweifelhaften Fälle solcher Art, wie z. B. Tod durch Blitzschlag oder durch Ueberschwemmung, hat der Untersuchungsrichter gar nicht zu berücksichtigen, er müßte denn durch den Polizeirichter, der auf irgend einen Verdacht stößt, dazu aufgefordert werden. Mayer, das Strafverfahren der Administrativ- insbesondere der Polizeibehörden. Ulm 1842. §. 200.

8) A. a. O. S. 10. Anm 24.

körperliche Wohlbefinden eines Menschen gewaltthätig gestört worden?" Allein es wird nun die Aufsuchung von Regeln nöthig, nach welchen das subjective Verhalten der speciell verdächtigen Person in Bezug auf die That aufzuklären ist.

Der Beweis der Thäterschaft zerfällt jedesmal in zwei Theile, nämlich den Beweis, daß die That gerade von diesem Subject verübt wurde, und den fernern Beweis, daß solches den fraglichen Erfolg beabsichtigte, oder doch voraussehen konnte. Der erste Theil ist die Evidenz eines Causalzusammenhangs zwischen dem Handeln des Angeschuldigten und dem verbrecherischen Factum, der zweite die Evidenz der strafgesetzwidrigen Willensbeschaffenheit [9]).

In jener Beziehung bietet die Lehre von der Körperverletzung nichts Eigenthümliches dar, sondern es sind im concreten Fall lediglich die Umstände und Beweismittel aufzusuchen, woraus das Verhältniß des Angeschuldigten zum Beschuldigten und die eingetretene Collision beurtheilt werden können [10]). Es ist also namentlich zu wissen nöthig, ob eine Feindseligkeit schon vor der That Wurzel faßte, ob andere Gewaltthätigkeiten vorausgiengen, wie die Begegnung veranlaßt wurde, wie beide Theile sich dabei benahmen, ob der Verdächtige allein, oder mit Coauctoren oder Gehülfen handelte, und ob es überhaupt außer Zweifel steht, daß durch seine Thätigkeit eine Beschädigung, und zwar die als verbrecherisch erkannte, eintrat. Wichtig ist daher die möglichst genaue Aufklä-

---

9) Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte Bd. I. Göttingen 1840. S. 259—283.

10) Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen. Wittenberg 1805. §§. 355—369. Kitka, die Beweislehre im österreichischen Criminalstrafprozesse. Wien 1841. §§. 78—81. 84—90. 92—94. P. G. O. Art. 29.

rung darüber: auf welchen Theil des gegnerischen Körpers der Angriff gerichtet war und wohin er wirklich traf, in welcher Stellung der Verletzte sich in diesem Augenblicke befand, kurz, wie die Ursache und Wirkung mechanisch correspondirten.

Hier soll jedoch von dem anziehenderen, aber auch schwierigeren Theil des Thäterschaftsbeweises, von der Willensbeschaffenheit, bei der Körperverletzung die Rede seyn.

Was die Zurechnungsfähigkeit anbelangt, so kommt sie hier häufiger, als bei irgend einem andern Verbrechen in vermindertem Grade [11]) vor. Die Anlässe und Motive der Körperverletzung sind größtentheils aufregender Art; sie entstammen den Leidenschaften [12]) der Ehrsucht, Rachsucht, des Zornes, des Neides, der Liebe, oder, wohl richtiger, der Geschlechtslust, welche durch gesellige Reibung in Wirths- und Tanzhäusern [13]) hervorgerufen werden; sie sind, mit Einem Worte, die Ausgeburten des dem menschlichen Geschlechte inwohnenden, und nur durch sorgfältige Erziehung [14]) mehr oder minder niedergehaltenen Triebes, die Gewalt an die Stelle von Vernunftgründen zu setzen, der besonders den Pöbel angeborenen Brutalität.

Die Zustände, in welchen meistens Händel angefangen und Verletzungen zugefügt werden, sind die des Affectes und der Trunkenheit, in welchen das Ge-

---

11) v. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts. 13te Aufl. (von Mittermaier) Not. IV. zu §. 94. Marezoll, das deutsche Criminalrecht. Leipzig 1841. S. 148.

12) Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. I. S. 548. 549.

13) Vergl. in diesem Archiv Jahrg. 1844. S. 4.

14) Ueber die Macht der Erziehung ist besonders nachzulesen Schulze, psychische Anthropologie. 3te Aufl. Göttingen 1826. §. 227.

fühls- und Begehrungsvermögen so angeregt, ja in Aufruhr versetzt wird, daß das Erkenntnißvermögen kaum daneben sich geltend machen kann. Gienge Jemand auf solche Steigerung gerade in der Intention aus, um so energischer das ausersehene Opfer anzugreifen, so verbieten die Grundsätze der Criminalpolitik, ihm die Getrübtheit des Geistes bei der später vollführten That zu gut zu rechnen [15]); allein dies ist überall der seltnere Fall: durch Zufälligkeiten pflegt der Keim zu Mißverständnissen und Schlägereien hervorgerufen zu werden, und alsdann thut große Vorsicht Noth, daß man nicht die gerechte Linie bei der Zurechnung überschreite. Affect und Trunkenheit werden, wenn auch ihr Vorhandenseyn erwiesen ist, gewöhnlich mit der Redensart abgefertigt: „es gehe zwar aus den Umständen hervor, wie Angeschuldigter, durch heftige Wechselreden oder durch Getränke erhitzt, nicht im Zustand ruhiger Ueberlegung gehandelt habe, man dürfe aber gleichwohl annehmen, daß er im Augenblicke der That noch gewußt, was er thue." Dies Räsonnement entbehrt aller juristischen Feinheit und hängt mit dem alten Irrthum einer praesumtio doli [16]) zusammen. Mag der Thäter auch beim Schlagen, Stoßen rc. wissen, was er thut, also wissen, daß er schlage oder stoße, so ist damit nur das Bewußtseyn des Thuns [17]), aber nicht des rechtwidrigen Thuns gegeben: ein nacktes Thun ist aber kein Verbrechen, sonst wäre auch der Unglücksfall, den ein Mensch verschuldete, Verbrechen; nur die absichtliche oder fahrlässige Auflehnung gegen die

---

15) Henke, a. a. O. Bd. I. S. 324. und 325. Anm. 4. Badisches Strafgesetzbuch von 1845. § 76.

16) Feuerbach, Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft Bd. II. St. 1. S. 234. fg. Henke, a. a. O. Bd. I. §. 57.

17) v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde Bd. II. S. 673. Nr. 223.

Rechtsordnung, die aus freier Selbstbestimmung hervorgegangene Frevelthat unterliegt dem Strafgesetze. Will man daher über die Strafwürdigkeit der That sich Rechenschaft geben, so muß man bei obigem Satze nicht stehen bleiben, sondern weiter fragen, ob der Thäter sich bewußt war, ein Unrecht zu begehen. Begreiflicherweise müssen die Sinne weniger getrübt seyn, um den moralischen Standpunkt, auf welchem man handelt, sich klar zu halten, als um blos zu wissen, daß man seinen Willen zur That macht. So zornmüthig oder berauscht [18]) wird allerdings nicht leicht ein Mensch seyn, daß er ganz unwillkürlich, wie das Thier, zu Bewegungen und Thätigkeitsäußerungen fortgetrieben wird [19]); allein die Zurechnung kann dennoch keine vollkommene seyn, wenn es an dem Erforderniß des klaren Bewußtseyns der Strafgesetzwidrigkeit mangelt: denn das Gesetz macht billig einen Unterschied zwischen Solchen, die in directem Uebermuth, und Andern, die mehr aus Uebereilung [20]) zur Begehung von Verbrechen gelangen.

Der Affect wird bei einem andern, mit der Körperverletzung sehr nahe verwandten Verbrechen, nämlich bei der Tödtung, regelmäßig und zwar so entschieden als minder strafwürdige Willensbeschaffenheit angesehen, daß für Tödtung im Affect überall eine ganz eigene Verbrechensart im „Todtschlag [21])" aufgestellt wurde. Gleichwohl statuirt man eben so wohl einen Todtschlag mit Ab-

---

18) Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie. Regensburg 1842. S. 505 — 534.

19) Ist Jemand bis zu jenem Grad der Trunkenheit gelangt, daß ihm alle Sinne vergehen, so hat er auch die Fähigkeit, irgendwie Kraft zu entwickeln, verloren; er ist gleichsam wie gelähmt. Friedreich a. a. O. S. 533.

20) Dieser ist offenbar dem Gemeinwesen weniger gefährlich, als jener.

21) Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlag. 1838.

sicht zu tödten, wie solche beim „Mord" schlechthin vorausgesetzt wird. Der Unterschied liegt nur in der Prämeditation, welche der qualificirten Tödtung, d. i. dem Mord vorangeht. Der Gegensatz [22]) dieser Prämeditation ist gerade der Affect, die momentane Aufwallung und der darin gefaßte Entschluß, zu tödten. Da Mord als das dem Gemeingefühl widerstrebendste Verbrechen zu betrachten ist, so scheint nicht sowohl die Consequenz einer Theorie, als das Gefühl zu dessen Scheidung von Tödtung im Affect geführt zu haben, daß die Tödtung grellster Art schon durch einen besondern Namen abschreckend ausgezeichnet seyn muß. Durch das Auseinanderhalten des Mords und Todtschlags in der Begriffsbestimmung darf man sich also nicht irre machen lassen, die für Beide geltenden Grundsätze analogisch auf das Verbrechen der Körperverletzung anzuwenden. Jene Unterscheidung beruht ja eigentlich nur auf einem sittlichen Grunde, der in gleichem Maaße bei der Körperverletzung nicht anschlägt. So wie man Tödtung im Affect für minder strafbar erklärt, als Tödtung mit Vorbedacht, so ist auch zwischen Körperverletzung im Affect und mit Vorbedacht billig ein Unterschied zu machen.

Die ältere Schule hat dies entweder nicht gefühlt, oder doch nicht für nothwendig erachtet, dergleichen feinere Merkmale auf die Körperverletzung, als ein untergeordnetes Verbrechen [23]), zu übertragen; sie glaubte genug gethan zu

22) Das ältere deutsche Recht kannte diesen Gegensatz nicht, sondern begriff Alles unter dem Worte: „Tödtung" mit den Beisätzen: „aus Jachheit und Zorn, — fürsetzlich, — muthwillig" u. s. w. P. G. O. Art. 137. Marezoll, Criminalrecht S. 288. Ueber die ältesten Bedeutungen des Wortes: „Mord" giebt die befriedigendste Auskunft Wilda in seiner Geschichte des deutschen Strafrechts Bd. I. Halle 1842. S. 706—718.

23) Die vormals gangbarsten Lehrbücher des Strafrechts, wie von Quistorp Bd. I. §. 335. und Tittmann Bd. I.

haben, indem sie den sogenannten „gerechten" Affect als Strafmilderungsgrund anerkannte [24]). Erst der neueren Gesetzgebung [25]) gelang es, mit den dem Princip der Gerechtigkeit entsprechenden Grundsätzen auch hier durchzudringen. Solche Gesetzgebung ist aber noch nicht allgemein, und es kann daher eine theoretische Entwickelung der neuen Lehre an diesem Orte nicht umgangen werden.

Körperverletzung mit und ohne Vorbedacht sind als zweierlei Arten dieses Verbrechens zu betrachten. Die vorbedachte Körperverletzung ist ein mit überlegender Bosheit, die nicht vorbedachte ein im Augenblick entstandener Erbitterung beschlossener und ausgeführter Angriff auf die Gesundheit eines Menschen. Jene That ist nicht nur wegen des energischeren Willens, sondern auch deßhalb die gefährlichere, weil ein durchdachter Plan das Gelingen des Unternehmens mehr sichert, als ein plötzlicher Anfall.

Was unter „Vorbedacht [26])" zu verstehen sey, findet man in Abhandlungen über das Verbrechen der Tödtung [27]) hinlänglich erörtert, und wenn auch dabei noch Manches aus dem praktischen Gesichtspunkte zu berichtigen

---

§§. 182. 183. handeln nur beiläufig von „Verwundung" oder „Verbrechen wider die Gesundheit", und auch Feuerbach widmet demselben in der ersten Auflage seines Lehrbuchs (Gießen 1801.) nur wenige Worte (S. 218. 219.).

24) Quistorp, Grundſ. des peinl. Rechts Bd. I. S. 502.

25) Sächsisches Criminalgesetz von 1838. §§. 132 — 138. Württembergisches Strafgesetz von 1839. §§. 260 — 268. Hannoversches Criminalgesetz von 1840. §§. 241 — 246. Braunschweigisches Criminalgesetz von 1840. §§. 159 — 165. Badisches Strafgesetz von 1845. §§. 225 — 238.

26) „Propositum" im Gegensatz des „impetus." L. 11. §. 2. D. de poen. (48, 19.).

27) Egger, über Mord und Todtschlag. Landshut, 1816. Birnbaum, im Neuen Archiv des Crim. Rechts Bd. XIII. S. 88. fg. Köstlin a. a. O. Vgl. auch v. Krause Bemerkungen über Criminaluntersuchungen ꝛc. Osnabrück 1804. S. 45 — 57.

seyn dürfte, so gehört dies nicht zu der hier gestellten Aufgabe. Nur das Eine verdient Erwähnung, wie es ungeeignet ist, zum Beweis des Vorbedachts zu verlangen, daß der Entschluß eine geraume Zeit vor der That gefaßt worden sey. Die Zeitspanne, welche zwischen Entschluß und Ausführung liegt, kann so klein seyn, daß die Momente fast zusammenfließen; nur darin besteht das Krinomenon, daß der Entschluß nicht bei unerwarteter Begegnung und nicht im Zustand unvermuthet hervorgerufener Aufregung zu Stande kam. Der Begriff wird also überall, wo Zweifel entstehen und die Grenze schwer zu finden scheint, am besten negativ construirt, und wenn der Richter sich überzeugt hält, daß die That nicht im Affect beschlossen wurde, so ist kein Mittelzustand möglich, sondern unbedenklich Vorbedacht [28]) anzunehmen.

Affect kann lediglich durch innere Disposition, oder durch äußere Anlässe hervorgerufen werden. Gegen jene Art von Affect spricht der ethische Satz, der Jedermann verpflichtet, Ausartung der Gefühle in Leidenschaft zu bekämpfen [29]) und eine dazu vorhandene Anlage auszurotten. Daraus kann aber menschliche Gerechtigkeit nichts weiter folgern, als daß die im Dienst der Leidenschaft verübte That Zurechnungslosigkeit nicht ansprechen könne; auch Strafmilderung auszuschließen, wäre unbillig, weil oft das Verlangen einer Unmöglichkeit, nämlich einer absoluten Macht über moralische Anfechtung, darin läge. Eine ohne äußern Anlaß auflodernde Leidenschaft kann sogar leicht in krankhafter [30]) Reizbarkeit, in Herz-, Kopf- oder

28) Darunter fällt auch der unbestimmte und allgemeine Vorsatz. Badisches Strafg. §§. 98. 99.

29) S. Eschenmayer, Moralphilosophie §. 280, wo auch der Begriff der „gerechten Rache" entwickelt ist.

30) Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie, 2te Aufl. Regensburg 1842. S. 579—588. geht so weit, zu behaupten,

Leberleiden, ihren Grund haben. Man muß also in dergleichen Fällen immer prüfen, ob ein solcher Zustand, oder blos rohe Brutalität die Triebfeder war. Letztere giebt oft fälschlich Affect vor, während sie in einem Impetus ganz anderer Art, in bewußter Setzung der Gewalt an die Stelle der Vernunftgründe handelt.

Bei Weitem die Mehrzahl von Verbrechen im Affect erklären sich jedoch aus dem widrigen Einfluß der Nebenmenschen. Man kennt die Schwachheiten einer Person; anstatt sie zu schonen, macht man sich gern ein Geschäft daraus, sie bloß zu stellen; man ergötzt sich an dem Aerger des Angegriffenen, wird dann über seine ungewählten Ausdrücke gleichfalls ärgerlich, bis zuletzt das Handgemenge eintritt, für dessen Ausgang Niemand mehr einstehen kann. Die Erfahrung lehrt, daß bei den nicht mit Vorbedacht vollführten Körperverletzungen in der Regel der Verletzte, durch sein Benehmen vor oder während der That, dieselbe mit verschuldet hat, und wenn er deßwegen auch nicht gerade strafbar erscheint [31]), so muß ein subjectives Criminalsystem doch auf solche Verkettung der bestimmenden Umstände bei der Würdigung des Verbrechens die gebührende Rücksicht nehmen.

Besonders gilt dies von Verletzung im Raufhandel [32]). Die ersten Ursachen desselben sind meistens sehr

---

„daß jede Leidenschaft (S. 581.) eine somatische Ursache in einer Congestion, Nervenreizung u. dergl. habe.“ Auch der Philosoph Suabedissen sieht in seinen „Grundzügen der Lehre von dem Menschen.“ Marburg 1829. §. 387. „die Zustände des Aufgeregtseyns“ als „vorübergehende Krankheit“ an.

31) Kennt Jemand die Schwachheiten eines Menschen, so macht er sich gern ein Geschäft daraus, dieselben anzugreifen, und je lächerlicher sie sind, desto mehr Anklang findet ein solcher, scheinbar unbedeutender, Scherz in Gesellschaft.

32) Jarcke, Handbuch des Strafrechts Bd. III. §. 46.

geringfügiger Art; ja, es scheint oft unbegreiflich, wie daraus schwere Gewaltthaten hervorgehen konnten: allein die Zwischenglieder vom Keime des Streites bis zur verbrecherischen Handlung sind vielfach und steigern allmählich den Geist der Rache und des Widerstandes. Durch das entstehende Getümmel, planlose Hin- und Herstoßen und den Wechseldrang von Angriff und Vertheidigung erklärt sich denn auch, daß die Verwundeten am Ende selten diejenigen sind, worauf es eigentlich abgesehen war. Raufhandel ist ein Krieg im Kleinen; es bilden sich Parteien; Manche, die ursprünglich entfernt bleiben wollten, werden durch die ihnen unversehens zugefügten Mißhandlungen, durch die Gefahr, in welcher sie ihre Freunde erblicken, kurz, durch die Ansteckung der allgemeinen Aufregung in das Handgemenge hineingezogen[33]), so daß es Ehrensache wird, die Gegner allesammt aus dem Felde zu schlagen. Für Tödtung und Körperverletzung im Raufhandel haben daher die neueren Gesetzbücher mit guten Gründen besondere Strafbestimmungen[34]) aufgenommen, die einestheils, nämlich in Bezug auf das Strafmaximum, gelinder, anderntheils aber, hinsichtlich der entfernten Betheiligung, strenger sind, als die Strafen vereinzelter Begegnung mit solchem Ausgang.

Anders verhält es sich mit dem Strafmilderungsgrund des „gerechten" Affectes. Hier nimmt der Gesetzgeber an, daß der Verletzte durch ein tadelnswürdiges Verhalten das ihm widerfahrene Geschick selbst veranlaßt habe, mithin weder in eigenem noch im Namen der bürgerlichen Gesellschaft eine eben so große Genugthuung von

---

33) Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. II. S. 89.

34) Sächsisches Criminalges. §. 136. Württembergisches Strafges. §. 266. Hannoversches Criminalgesetz §. 245. Braunschweigisches Criminalges. §. 163. Badisches Strafges. §. 239.

den Gerichten fordern kann, als wäre er ohne Fug und Recht angegriffen worden.

Man entscheidet dabei Urheberschaft des Streites und Kampfes [35]).

Wer der Urheber des Streites sey, läßt sich nicht immer mit Sicherheit ermitteln, wenn auch Zeugen des Auftritts vorhanden sind: denn man darf nicht dabei stehen bleiben, was etwa Beleidigendes oder Kränkendes gesprochen wurde, sondern es kommt auch auf Gebärden, auf den Ton der Rede, auf Blicke, Wendungen des Körpers, ja mitunter auf passives Verhalten an; kurz, Alles, was nach allgemeinen oder nach örtlichen Sitten als beleidigend oder geringschätzend [36]) angesehen wird, kommt hier in Betracht, und es gehört eben deßhalb eine genaue Kenntniß der Volks- und Standesansichten [37]) zur gerechten Uebung des Strafrichteramtes.

Anderseits darf man auch nicht jede Anreizung durch Wort und That als Urheberschaft des Streits betrachten, weil emfindliche Menschen sich oft beleidigt fühlen, ohne daß dergleichen entfernt beabsichtigt war. Ueberall giebt es Leute, die schon durch einfachen Widerspruch, ja durch Versagen der Beistimmung zu gewissen Lieblingsideen, so

35) Das neueste badische Strafgesetz sagt §. 233: „Hat der Verletzte den Affect durch schwere Beleidigungen, oder Kränkungen, oder thätliche Mißhandlungen, zu welchen der Thäter keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen, so können die im vorhergehenden §. 232. gedrohten Strafen bis auf ein Drittheil herabgesetzt werden." Uebrigens machte hierauf schon das badische Strafedict von 1803 im §. 71. aufmerksam, wahrscheinlich einer Andeutung von Quistorp, in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 336, folgend.

36) Nicht der volle Thatbestand einer Ehrenkränkung kann also gefordert werden, sondern nur ein Anfang derselben. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts, 2te Aufl. Halle 1840. §. 296.

37) Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. S. 396.

empfindlich berührt werden, daß sie sich Genugthuung schuldig zu seyn glauben. Kommt es bei der Würdigung einer Beleidigung auch auf individuelle Lage und Stellung [38]) in der Welt an, so kann unmöglich das besondere Temperament und Naturell in Frage kommen; da man billig erwarten darf, daß Jeder in die Weltgebräuche, in die geselligen Formen und Gewohnheiten sich schicken lernt.

Oft läßt sich gar nicht bestimmen, welcher von zwei in Streit Gerathenden den ersten Anlaß hierzu gegeben. Beide verfallen zugleich in Aufregung, gehen in Leidenschaft über und sagen sich in schneller Wechselrede Dinge, die gleich beleidigend sind. Wenn man in solchen Fällen von Compensation der Injurie [39]) spricht, so ist dies uneigentlich zu nehmen, indem Verbrechen nicht wie Forderungen durch präsumirte Abrechnung sich aufheben können, sondern es wird demjenigen, welcher durch gesetzwidriges Benehmen eine Beleidigung selbst hervorrief, die deßhalb von ihm augenblicklich genommene Genugthuung als nicht gerechtfertigt angesehen, weil er solche nicht minder dem andern Theile schuldig war, und daher auch keine Einschreitung des Richters hätte verlangen können.

Uebrigens ist die gegnerische Urheberschaft des Streites eine minder erhebliche Entschuldigung der verübten Körperverletzung, als die gegnerische Urheberschaft des Kampfes. Eigentlich ist nur in den der Nothwehr zu Grunde liegenden Principien der Schlüssel zur Beurthei-

---

38) Gerade das Princip der Gleichheit vor dem Gesetz fordert, daß Jeder in denjenigen Lebenskreisen, welchen er angehört, mag auch Manches darin als Vorurtheil erscheinen, respectirt werde. In diesem Sinn hat die sogenannte besondere bürgerliche Ehre ihr geschichtliches Fundament. Marezoll, Lehrb. d. Criminalrechts S. 348.

39) L. 10. §. 2. D. de compens. (16, 2.) vergl. mit L. 2. §. 4. L. 13. §. 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.).

lung dieser Verhältnisse zu finden [40]). Sey der Körperverletzer durch wörtliche oder thätliche Mißhandlung zu der That gebracht worden, so ist diese immer die Zurückweisung einer Unbill, die gewaltsame Retorsion eines Angriffs auf die Ehre, oder den Körper; sie fällt auch jedesmal unter den Gesichtspunkt der Nothwehr beziehungsweise des Excesses derselben, wenn der Angriff von solcher Bedeutung war, daß man eine Selbstvertheidigung zur Wahrung der öffentlichen Achtung oder Integrität des Körpers nothwendig halten muß; tritt dagegen der Grad des Angriffs gegen den verübten Gegenausfall so sehr in Hintergrund, daß von einem besonnenen Menschen die Ergreifung anderer Mittel billig zu erwarten war, so ist der vorragende Charakter des Verbrechens jener der Körperverletzung [41]), welcher jedoch mildernde Umstände zur Seite stehen.

Daß es billig, und nicht nur vom Princip der Gerechtigkeit, sondern auch von der Criminalpolitik geboten sey, bei der Strafe der Körperverletzung auf die Entschuldigung, daß der andere Theil den Unfrieden oder die Thätlichkeiten veranlaßte, Rücksicht zu nehmen, wurde wohl zu allen Zeiten anerkannt: allein es schwankt die Praxis sehr über die Frage, in wie weit Strafmilderung [42]) dadurch bewirkt werde. Zunächst ist wohl im-

---

40) Freilich nicht nach dem älteren engeren Begriff, wonach Nothwehr nur im Fall eines lebensgefährlichen Angriffs eintreten konnte, sondern nach der Auffassung der neueren Gesetzbücher. Zöpfl, in diesem Archiv Jahrg. 1843. S. 37 u. 38.

41) Ein Zusammenfluß vom Exceß der Nothwehr und Körperverletzung ist natürlich unter solchen Umständen nicht anzunehmen, weil es sich nur fragt, welches von zwei ähnlichen Verbrechen der That den überwiegenden Charakter verleiht. Vergl. hierüber besonders Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. II. Göttingen 1842. S. 6—9.

42) Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. I. S. 548. 549.

mer die Strafe aufzusuchen, welche die vorliegende Körperverletzung an sich verdient. Davon dürfte dann um ein Drittel herabzugehen [43]) seyn, wenn der Verletzte Urheber des Streits oder des Kampfes war, und um zwei Drittel, wenn er in beiden Beziehungen als Urheber zu betrachten ist.

Umgekehrt muß es als Straferhöhungsgrund gelten, wenn der Thäter muthwillig Händel gesucht und Zwietracht angefacht hat [44]).

Wenn über die Anlässe und Ursachen der Gewaltthat Licht verbreitet ist, so fragt es sich weiter, welchen Erfolg der Angeschuldigte beabsichtigte, oder doch vorhersehen konnte, mit andern Worten: in wiefern ihm solcher zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnen [45]) ist.

In dieser Beziehung muß man verschiedene Fälle unterscheiden.

I. Eine direct auf Körperverletzung gerichtete Absicht kommt selten vor. Man ist eine solche anzunehmen eigentlich nur dann berechtigt, wenn Schießgewehre,

---

43) Badisches Strafgesetz §§. 154. 233.

44) Badisches Strafgesetz §. 151. Nr. 3.

45) Von Zurechnung im Allgemeinen kann hier nicht die Rede seyn; allein es verdient, angeführt zu werden, daß dem Praktiker mitunter Individuen vorkommen, welche eine so mächtige, fast unbezwingliche Streit- und Rauflust zeigen, daß solche nur aus einer körperlichen Prädisposition erklärbar scheint, wenn man auch, bei sonst gesunden Verstandeskräften, deßhalb eine völlige Aufhebung des Bewußtseyns anzunehmen nicht berechtigt ist. — Heinroth, System der psychisch gerichtlichen Medicin S. 215, erklärt diesen Zustand daraus, daß „die Thatkraft, die moralischen Schranken durchbrechend, und vom Zügel des Verstandes losgerissen, in Handlungen ausbricht, welche auf Vernichtung des kranken Individuums selbst, oder anderer Individuen und Gegenstände überhaupt gerichtet sind." Eine verminderte Zurechnung dürfte ein solcher Zustand, wenn er psychiatrisch bewiesen ist, (Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie S. 335.) allerdings begründen.

Messer oder andere schneidende und stechende Instrumente, oder durch ihr Gewicht gefährliche Schlagwerkzeuge angewendet wurden; und auch hierbei mag oft kein klares Bewußtseyn über das Uebel, welches dem Andern zugefügt werden soll, vorhanden seyn. Dagegen kommt unbestimmter, auf ein kleineres oder größeres Leid gerichteter Vorsatz am häufigsten vor. Der Thäter hat die bestimmte Absicht, dem Gegner ein empfindliches „Denkzeichen" beizubringen, und wie dasselbe ausfallen möge, gilt ihm gleich. Zu dieser Klasse gehören die vielfachen, durch Zuschlagen mit Fäusten oder stumpfen Werkzeugen, wie mit Stöcken, Prügeln oder nicht geöffneten Taschenmessern, verursachten Körperverletzungen. Man will zwar nur wehe thun, willigt aber auch, ganz oder halb bewußt, gern in einen schwereren Erfolg ein. Letzteres darf übrigens nie leichthin unterstellt werden, wie man hinsichtlich des unbestimmten Vorsatzes oft geneigt ist; wenn es am vollen Beweise darüber mangelt, so tritt die That in eine niedrigere Kategorie.

Theoretisch dürfte auch die Frage aufzuwerfen seyn, ob eine schwere oder leichte Körperverletzung intendirt war, und ob die eingetretene erstere etwa nur unversehens aus der beabsichtigten leichten hervorging. Allein diese Frage ist in der Praxis wohl niemals zu lösen; die Ursache ergiebt sich aus der im ersten Theil dieser Abhandlung [46]) gegebenen Darlegung der Unmöglichkeit einer förmlichen Berechnung über den Grad, in wie weit das Körperleben eines Menschen gestört werden soll. Ist es sehr wahrscheinlich, daß der Angreifer einen gewissen Körpertheil des Gegners ausersehen, weil hier die Verletzung keine schädliche Folge haben konnte, und daß durch einen Zufall letztere dennoch herbeigeführt wurde, so mag dies

46) In diesem Archiv Jahrg. 1844. S. 8.

als Strafmilderungsgrund [47]) gelten; zu weit würde aber die Gunst für den Angeschuldigten gehen, wollte man den Erfolg ihm nur zur Fahrlässigkeit [48]) zurechnen. Denn wer einmal bestimmt darauf ausgeht, die Integrität einer Person zu verletzen, der kann und muß mit Anwendung gewöhnlicher Verstandeskräfte darauf gefaßt seyn, daß die Verletzung etwa einen höheren Grad erreiche, als er zu seiner Genugthuung verlangte.

II. Die niedrigste Stufe strafbarer Körperverletzung nimmt diejenige ein, welche aus bloßem *animus injuriandi* [49]) hervorgeht. Eine heftige Ohrfeige kann eine bedenkliche Hirnerschütterung [50]), ja den Tod durch Extravasate, zur Folge haben; und dennoch ist die Verschuldung nur gering anzuschlagen. Man dürfte nach strenger Theorie behaupten, daß in solchem Falle nur eine schwere Ehrenkränkung vorliege, indem der Erfolg der Gesundheitsbeschädigung kaum als möglich vorherzusehen war. Allein die Criminalpolitik muß den Satz festhalten, daß Niemand sich an einem Menschen vergreifen darf und stets hin, ob eine Verletzung beabsichtigt war, oder nicht, für

---

47) Badisches Strafgesetz von 1845. §. 234.

48) Man müßte dann eine „bewußte Culpa" annehmen mit Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. I. S. 284—286. 296, wozu aber weder Gesetz noch Gerichtspraxis berechtigen dürften.

49) Nach römischem Recht konnte in solchem Falle nur von Injurien die Rede seyn, weil auch Gesundheitsbeschädigung in ehrverletzender Form unter diesen Begriff fiel; Heffter, Lehrb. des Criminalrechts §§. 281. 301; allein das deutsche Recht bildete sich schon frühzeitig in oben erwähnter Weise aus. S. Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts Bd. I., von den „Schlägen" und den „Ehrverletzungen durch Thätlichkeiten" S. 772—784.

50) Henke, Lehrb. der gerichtl. Medicin, 8te Aufl. §. 351. Meckel, Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 115. Als Folge von Schlägen und Stößen mit der Hand ergeben sich auch schwere Brustkrankheiten. Henke a. a. O. §. 389.

dieselbe verantwortlich seyn soll, da mindestens anzunehmen ist, daß Jeder wisse, wie der menschliche Organismus subtil ist und nach allgemeiner Erfahrung oft unter der geringsten Gewalt leidet. Dagegen ist die Strafe für dergleichen Beschädigung nur dann gerecht, wenn sie wegen Fahrlässigkeit ermessen wird.

Sobald eine Verletzung von crimineller Natur nachgewiesen ist, verschwindet in diesem Verbrechen die praktische Bedeutung der Injurie, theils weil nun von Amts wegen eingeschritten wird, theils weil bei dem Straferkenntniß die schwerere That mit Berücksichtigung der außerdem concurrirenden Gesetzübertretung [51]) geahndet werden kann. Es würde ins Kleinliche führen, wenn man bei jedem Verbrechen fragen wollte, ob nebenbei einfache Beleidigung zu bestrafen sey, weil die Privatgenugthuung billig als durch die im Interesse des Gemeinwesens [52]) ausgesprochene Buße gesühnt betrachtet werden kann. Streng genommen erhält auch jedes Verbrechen, das in Form der Gewalt [53]) begangen wird, zugleich eine Beleidigung, zumal wenn man, mit der neuern Gesetzgebung [54]), die Absicht zu beleidigen, nach Lage der Umstände, präsumirt.

Geht also aus einer Realinjurie Gesundheitsbeschädigung wider Willen des Beleidigers hervor, so wird die That nur als fahrlässige Körperverletzung bezeichnet, und als absichtliche, wenn sich sicher ergiebt, daß der Beleidi-

---

51) Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts §. 292. Wächter, Lehrb. des Strafrechts B. II. S. 184.

52) Badisches Strafgesetz §. 238.

53) Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. §. 185. bemerkt: „Die ursprünglichen Verbrechen werden bei niederm Bildungsstande mehr gewaltthätige seyn, — der Betrug gehört schon einer spätern Zeit an."

54) Badisches Strafgesetz §. 295.

ger bei dem injuriösen Angriff auch in einen schwereren Erfolg eingewilligt hat, also mit unbestimmtem Vorsatz handelte.

III. Noch häufiger fließt fahrlässige Körperverletzung mit absichtlicher Mißhandlung zusammen. Die gewöhnlichen Straßen- und Wirthshaushändel enden damit, daß einzelne Gegner oder ganze Parteien gegen einander schlagen und stoßen, zunächst nur in der Absicht, den Platz zu behaupten, oder einander zurückzudrängen. Mag auch die Absicht, einen Körperschmerz zuzufügen, hinzutreten, so geht sie doch nicht auf blutrünstige Beschädigung, es wäre denn, daß Werkzeuge gebraucht werden, die eine andere Wirkung voraussichtlich nicht hervorbringen können [55]). Besonders in Fällen, wo ein inneres Leiden durch Stoßen oder Niederwerfen verursacht wird, darf man voraussetzen, daß solches nicht beabsichtigt war: denn es wird wohl Niemand, der auf Körperverletzung ausging, die Unternehmung in der Weise machen, daß er den Erfolg nicht unmittelbar darauf wahrnehmen, sondern nur abwarten kann, ob vielleicht ein verstecktes Leiden sich bildet.

Die verwirkten Polizeistrafen [56]) werden immer durch die wegen derselben That erkannten Criminalstrafen absorbirt: weßhalb von Mißhandlung, sobald Körperverletzung daraus hervorging, im Urtheil keine Rede ist, und nur in Frage kommt, ob fahrlässige oder eventuell intendirte, also vorsätzliche Verletzung vorliege.

IV. Eine weitere Modalität ist die, daß die Absicht auf Vergewaltigung geht und daraus eine Körper-

---

55) Sehr weise haben neuere Gesetze Verletzungen, mit Waffen oder andern gefährlichen Werkzeugen verübt, als qualificirt erklärt. Württembergisches Strafgesetz Art. 262. Badisches Strafgesetz §. 232. Nr. 4. §. 242.

56) Jarcke, Handb. des Strafrechts Bd. III. §. 50.

letzung entsteht. Lag diese nicht einmal unbestimmt im Vorsatze, so ist sie zur Fahrlässigkeit zuzurechnen. Schwer mag es übrigens seyn, einen solchen Zusammenfluß von Delicten im gegebenen Fall evident herzustellen, weil Gewaltanwendung in der Absicht, seinen rechtswidrigen Willen zu realisiren, nach der Natur der Sache fast ausnahmslos mit dem Entschlusse verbunden seyn wird, jenen Willen nöthigenfalls mit einer bis zur Körperbeschädigung fortschreitenden Energie durchzusetzen, zumal wenn es sich darum handelt, eine Person zu einem Thun zu zwingen [57]). Das crimen vis kann überhaupt, als Aushülfsverbrechen [58]), nur dann in Betracht kommen, wenn der Thatbestand eines concurrirenden Andern nicht präponderirt.

V. Es erübrigt noch die culpose Körperverletzung, die rein als solche, nämlich ohne einen auf Verbrechen anderer Art gerichteten Vorsatz, verübt wird. Sie ist denkbar als unmittelbare und als mittelbare Wirkung eines Thuns oder Unterlassens. Unvorsichtiger Gebrauch von Stoffen oder Werkzeugen, ungeschickte Körperbewegungen oder sonstige Handlungen [59]) fallen oft zum Nachtheil Anderer aus, wenn diese damit in Causalverbindung zu gerathen das Unglück haben; nicht minder tritt solcher Erfolg ein, wenn leblose Gegenstände gefährlich beschaffen sind und dem Zufall leichtsinnig

57) Ereignet sich dergleichen in bürgerlichen Rechtsverhältnissen, z. B. wenn Jemand eine Bescheinigung, einen Verzicht, ein Zeugniß abnöthigen will, so ist die dabei etwa eintretende Körperverletzung nicht mehr als solche, sondern als Form des Verbrechens der Erpressung zu beurtheilen. Badisches Strafgesetz §§. 417. 412.

58) Martin, Lehrb. des Criminalrechts. 2te Aufl. §. 184.

59) Wie z. B. leichtsinniges Umgehen mit Feuergewehren, Gift, Pferden, oder Werfen schwerer Gegenstände auf frequente Wege, Nichtverwahren offener Gruben in der Nacht u. dgl. m.

überlassen werden. Jenes ist unmittelbare, dieses die mittelbare Beschädigung.

Als erste Frage ist, hierbei zu beantworten: ob dergleichen Handlungen nach gemeinem Recht überhaupt der Charakter der Criminalität beigelegt werden könne [60]).

Vom philosophischen Gesichtspunkte [61]) ist man jetzt darüber einig, daß fahrlässige Verbrechen streng genommen nicht vorkommen können, indem zu einer Strafgesetzwidrigkeit wesentlich ein gegen das Gebot oder Verbot anstoßender Wille gehöre, im fahrlässigen Benehmen aber das Bewußtseyn der Gefährlichkeit, mithin nothwendig auch eine strafbare Beschaffenheit des Willens, mangele. Allein man hat auf der andern, empirischen, Seite doch anerkennen müssen, daß im gesitteten Staate gewisse Handlungen wegen ihrer Gemeinschädlichkeit auch für den Fall zu verpönen [62]) sind, daß sie unvorsätzlich, jedoch mit grober Unachtsamkeit begangen werden. In diese Kategorie müssen vorzugsweise die Beschädigungen an Leib und Leben fallen, weil Integrität des menschlichen Daseyns das wichtigste der vom Staat gewährleisteten Güter ist. Die neueren Gesetzgebungen haben daher, den Grundsatz der Nichtstrafbarkeit fahrlässiger Handlungen

---

60) Roßhirt, Lehrb. des Criminalrechts S. 418. Nr 4. und im Neuen Archiv des Criminalrechts Bd. VIII. Abh. Nr. II. Vgl. jedoch Henke, Handb. des Criminalrechts Bd. II. §. 107 a. E. §. 108 a. E. v. Wächter, Lehrb. des Strafrechts Bd. II. S. 184. Heffter, Lehrb. des Criminalrechts. 2te Aufl. §§. 282. 283.

61) Hegel, Philosophie des Rechts 2te Aufl. 1840, verlangt (S. 158.), „daß die allgemeine Qualität, die Handlung von dem Handelnden gewußt werde, somit schon in seinem subjectiven Willen gelegen habe.“ Vgl. Richter, philosophisches Strafrecht. Leipzig 1829. S. 168.

62) Sächsisches Strafges. §. 32. Würtemb. Strafges. §. 58. Braunschw. Criminalges. §. 29. Hannoversches Criminalges. §. 46. Badisches Strafgesetz §. 102.

im Allgemeinen anerkennend [63]), bei der Tödtung und Körperverletzung auch auf culpose Beschädigung Criminalstrafe gedroht, indem sie anderseits die leichten Verletzungen dem Polizeistrafgebiet überließen.

Zweifelhaft scheint es hingegen manchen Criminalisten, ob auch aus römischen und germanischen Quellen die criminelle Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung gefolgert werden könne. Nicht zu bestreiten ist, daß Gesundheitsbeschädigungen überall, wo kein Tödtungsversuch vorliegt, nach römischem Recht der Privatklage ex Lege Aquilia [64]) anheim fielen, und daß nur zwei Fälle culposer Verübung derselben als crimina extraordinaria, mithin gleichsam als Ausnahmen vorkommen, nämlich die Beschädigung durch einen leichtfertigen Arzt und durch ein schlecht gehütetes gefährliches Thier [65]). Allein daraus läßt sich ein sicherer Schluß für das heutige gemeine Recht nicht ableiten [66]). Der römische Gerichtsgebrauch verwies eine Reihe von Verbrechen, die heut zu Tage den öffentlichen Charakter tragen, unter die Privatdelicte [67]). Man

---

63) Z. B. Braunschw. Criminalges. §§. 161. 162. Würtemb. Strafg. §§. 267. 268. Badisches Strafges. §. 237.

64) §. 14. I. de lege Aq. (4, 3.). L. 1. §. 2. D. de injur. (47, 10.).

65) L. 38. §. 5. D. de poen. (48, 19.). L. 11. D. de extraord. crim. 47, 11.).

66) Daraus, daß das Corpus juris eines Verbrechens der Körperverletzung nirgends ausdrücklich gedenkt, folgert Roßhirt im N. Archiv des Crim.-Rechts Bd. VIII. S. 30. 31. wohl zu viel.

67) S. Birnbaum, „über den Unterschied zwischen crimen und delictum bei den Römern und die ihnen zugeschriebene Eintheilung der Verbrechen in „publica und privata" im Archiv des Crim. Rechts Bd. VIII. Abh. Nr. XIV u. XXII; wo auch dargethan wird (S. 660—669.), daß besagter Unterschied mehr auf die entsprechende Gerichtsbarkeit, als auf die Natur des Verbrechens Bezug hatte. Geib, Geschichte des Römischen Criminalprocesses. Leipzig 1842. S. 404.

braucht nur an Diebstahl und Betrug zu erinnern. Nur Capitalverbrechen waren Gegenstand der öffentlichen Anklage. Theils durch Gerichtsgebrauch, theils durch Statute wurde die Mehrzahl der älteren Privatdelicte in das Bereich der Verbrechen gezogen, und, wenn auch Privatanklage fortan die Voraussetzung der Verfolgung blieb, mit peinlichen Strafen belegt. Dieses Schicksal hatten namentlich die Körperverletzungen, und es ward in manchen Satzungen dabei kein Unterschied zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Beschädigung gemacht. Erwägt man nun, daß die P. G. O. in den Artikeln 134 und 136. jener zwei Fälle fahrlässiger Gesundheitsbeschädigung, und zwar einer unmittelbaren und einer mittelbaren, ausdrücklich erwähnt; daß die Praxis von jeher daraus eine Rechtsanalogie [69]) für alle Fälle ableitete, welche nicht minder durch grobe Unvorsichtigkeit die Beschädigung eines Menschen herbeiführen; daß überhaupt auch die Criminalpolitik dafür spricht, ein solches Benehmen wegen der Gemeingefährlichkeit mit öffentlicher Rüge zu ahnden: so kann auch eine rationellpraktische Theorie kein Bedenken tragen, die fahrlässige Körperbeschädigung für allgemein verpönt zu erklären [70]).

Vermag man sich aber bei der Grundlage des deutschen Herkommens nicht zu beruhigen, so giebt das römische Recht [71]) wenigstens für Fälle grellerer Art einen Anhalt. Auch ist in neuerer Zeit nachgewiesen, daß unter den Begriff der Injurie nicht blos Handlungen mit klar

---

68) Heffter, Lehrb. des Crim. Rechts §. 282. Anm. 9.

69) Wächter, in diesem Archiv Jahrg. 1844. S. 429 u. 435. Vgl. auch P. G. O. Art. 146.

70) Bauer, Lehrb. des Strafrechts, 2te Aufl. §. 188. Marezoll, Criminalrecht S. 319—324.

71) [illegible] S. oben Anm. 65.

ausgesprochener Absicht zu beleidigen fallen [72]), sondern auch solche, die eine Kränkung der Persönlichkeit durch unachtsames Vornehmen einer Handlung, die nicht auf solche Kränkung berechnet war, hervorbringen.

Diesem Grundsatze sollte man die Lehre von der fahrlässigen Körperverletzung auch heut zu Tage anschließen [73]). Denn wenn auf der einen Seite die Nothwendigkeit anzuerkennen ist, dafür überhaupt eine Criminalstrafe anzudrohen, so bleibt auf der andern Seite zu wünschen, daß die Grenzen nicht weiter gezogen werden, als die Rücksicht der Gemeingefährlichkeit erfordert. Nur in einem an sich muthwilligen oder gedankenlosen Benehmen kann aber dieser Charakter erkannt werden; es ist nicht genug, daß die fahrlässige Beschädigung als möglich vorherzusehen war, sondern sie muß als wahrscheinlich oder doch als leicht möglich zu betrachten seyn. Handelte dann der Thäter ohne alle Umsicht und verursachte einen schlimmen Erfolg, so besteht das Raisonnement des Richters in folgenden Sätzen:

1) Unter gewissen Umständen ist bei gewissen Handlungen Vorsicht nöthig, damit nicht ein nach bekannter Erfahrung leicht eintretender Schade für menschliches Daseyn die Folge davon sey;

2) A hat eine solche Handlung unter solchen Umständen unbedachtsam vorgenommen und einen solchen Erfolg herbeigeführt;

---

72) Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts §. 302. Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. II. S. 256.

73) Das badische Strafgesetz §. 101. definirt die Fahrlässigkeit als eine Handlung, „aus welcher ohne Absicht eine Rechtsverletzung entspringt, die nach allgemeiner Erfahrung oder nach besonderer Kenntniß, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit vorherzusehen und zu vermeiden gewesen wäre."

3) A hat sich daher, wenn auch nicht durch bestimmte Willensrichtung, doch durch fehlerhafte, rücksichtslose Willensbestimmung dem Gemeinwesen gefährlich erwiesen, und er muß deßhalb angemessene Strafe leiden.

Die Modalitäten, unter welchen strafbare Körperverletzung vorkommt, sind hiermit wohl erschöpft. Es steht jedoch dieser Lehre, durch Entwickelung der neuern deutschen Strafgesetze, zuversichtlich eine feinere Ausbildung bevor, welche um so wohlthätiger auf die öffentlichen Zustände wirken wird, als Gesundheitsbeschädigungen, wie schon im ersten Theile der Abhandlung ausgeführt wurde, unter allen Gewalthandlungen als die bedrohlichsten für Rechtsfrieden und Staatsordnung [74]) zu betrachten sind.

---

74) Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber enthält Mohl's System der Präventivjustiz §§. 28 u. 29. S. 289 – 303.

IX.

Ueber die Bedeutung des Besserungsprincips, und die praktische Geltendmachung desselben.

Von

Abegg.

Der noch immer fortdauernde Streit über die verschiedenen Strafrechtstheorieen, ist unleugbar nicht blos für die Wissenschaft, sondern auch für die Anwendung von Einfluß gewesen. Man könnte geneigt seyn, dies bei der ersten Betrachtung in Zweifel zu ziehen: man könnte der oft ausgesprochenen Meinung beitreten wollen, daß die theoretischen Erörterungen ihren Werth nur in ihrem Gebiet hätten, was Manche, um das hier herrschende Mißverständniß auf die Spitze zu treiben, so ausdrücken, daß jene, eben weil sie theoretisch seyen, unpraktisch bleiben müßten. Es ist indeß jetzt nicht mehr nöthig, solchem Mißverständnisse zu begegnen; nicht als ob es nicht noch häufig genug vorkäme, sondern weil, was sich dagegen mit Grund erinnern läßt, und was von der richtigen Einsicht in die wahrhafte Natur der Theorie und der Praxis, und des gegenseitigen Verhältnisses derselben, ausgeht, nicht unbekannt ist; und weil eine, wenn auch sonst nicht gerade überflüssige Erinnerung an anerkannte Wahrheiten ihren Zweck denen gegenüber verfehlen möchte, für welche sie zunächst bestimmt seyn müßte. Erheblicher würde die Berufung darauf seyn, daß die in der Anwendung sich be-

währende Wahrheit der Sache unabhängig bleibe von der theoretischen Erkenntniß. Richtig aber ist dies auch nur, in sofern letztere eine individuelle Ansicht wäre, die denn allerdings der Wahrheit gegenüber nicht eine Geltung haben kann. Aber diese Wahrheit, wie sie objectiv und in bestimmten Einrichtungen besteht, soll doch auch erkannt und zum Bewußtseyn gebracht werden. Die Wissenschaft vermag sich der ihr gestellten Aufgabe nicht zu entziehen, und die Anwendung, die auf Gründen beruhen soll, kann und will die gefundenen richtigen Ergebnisse nicht abweisen.

Unter den praktischen Wirkungen jener im Eingang erwähnten Erörterungen verstehe ich theils die, welche sich bei der Abfassung neuerer Strafgesetzbücher und Entwürfe kund geben, theils die, welche sich bei der Ausübung der Strafrechtspflege und insbesondere bei der Vollstreckung der Strafe äußern. Daß diese letztere, in sofern sie als bestimmte Strafart hervortritt, vorzugsweise Gefängnißstrafe sey, — bei welcher fast allein von solchen Wirkungen die Rede seyn kann — muß einerseits vorausgesetzt, anderseits selbst als eine nicht blos zufällige, sondern nothwendige Folge jener Gestaltung der Sache angesehen werden, durch welche mittelst fast gänzlicher Veränderung des Strafsystems, der Gegensatz des neueren und des älteren, formell als s. g. geschriebenes gemeines Recht, noch in mehreren Ländern gültigen Strafrechts bezeichnet wird. Was dann näher die Weise der Vollstreckung einer Freiheit beschränkenden Strafe betrifft, und das Ziel, welches dabei erstrebt wird, oder werden soll, so ist es nahe liegend, dabei an die Besserung zu denken. — Die verschiedenen Bedeutungen, in welchen diese selbst genommen wird, können fürs Erste noch bei Seite gesetzt bleiben. Jene Ansicht ist nicht erst in der neuern Zeit aufgestellt worden. Die älteren und späteren Gesetzgebungen

erwähnen der Besserung, entweder als Zweck der Strafe, oder als einer bei deren Anwendung zu berücksichtigenden und zu erstrebenden Folge, oder auch wohl als einer unmittelbaren heilsamen Wirkung der Strafe — auf den Grund der Erfahrung, die sich häufig, auch außerhalb des Gebiets des Strafrechts, nach Leiden und Beschwerden zeigt, welche man in einer andern Bedeutung Strafe nennt und auf ein vorhergegangenes Fehlen bezieht, das sie hervorrief [1]). Die Bezeichnungen, welche für die Strafanstalten schon gleich bei deren Einführung gebraucht wurden, Zuchthaus, Correctionshaus, *maison de correction*, Pönitenzhaus [2]), weisen darauf hin, daß man wenigstens eine Ahnung davon gehabt habe, worauf es hier ankomme und was die Pflicht der Staatsgewalt und der bürgerlichen Gesellschaft im Verhältniß zu dem Gefallenen sey, den sie nach den Forderungen der Gerechtigkeit seiner Freiheit auf kürzere oder längere Dauer beraubt. Weiter, als zu dieser Ahnung scheint man es nicht gebracht zu haben, oder, wenn hie und da ein bestimmteres Bewußtseyn obwaltete, so gelang es doch nicht, diesem einen entsprechenden Einfluß auf die Einrichtung der Straf-Anstalten, vollends auf das ganze Straf-System zu verschaffen. Die Hindernisse, die sich, auch abgesehen von mangelhafter Einsicht, entgegenstellten und mit denen zum Theil auch noch unsere Zeit vielfach zu kämpfen hat, mögen zur Entschuldigung dienen und unser Urtheil mildern, wenn wir, — nach dem Zeugniß der Geschichte der Straf- und s. g. Besserungs-Anstalten es wiederholen, daß nicht nur jener Zweck fast überall unberücksichtigt und unerreicht

1) Meine Schrift: Die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 52 f. 88 f.

2) Wächter: Die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg. Tübingen 1832. und meine Anzeige in den Jahrbüchern der Jurist. Literatur Bd. XIX. S. 182 f.

blieb, sondern sogar die Klagen eben so allgemein, als gegründet wurden, daß die Bestraften meist noch verdorbener die Anstalt verließen, als sie dieselbe betreten hatten. In der That wurde aber der Gefangene nicht sowohl als ein der Besserung bedürftiges, als vielmehr wie ein gefährliches, die Sicherheit beeinträchtigendes Individuum betrachtet und behandelt, wie ihn denn die P. G. O., welche aber nur für solche Fälle ausnahmsweise die gefängliche Bewahrung kennt, als einen „sörglichen und schödlichen Mann" bezeichnet [3]). Und in der That entspricht dieses der Ansicht jener Zeit, der zu Folge die Ausübung der Strafrechtspflege vornehmlich als ein Mittel der Sicherung gegen die Gefahren betrachtet wurde, welche der öffentlichen Ordnung durch die Verbrechen drohten. Das Strafrecht wird der Polizei [4]) untergeordnet, — eine Ansicht, der man noch in den Ausführungen einiger Rechtsgelehrten der neuern Zeit begegnet, wobei, wie öfter, der Fehler der ist, ein einzelnes Moment für das ausschließende, eine erfahrungsmäßige Erscheinung einer möglichen Folge für ein Princip auszugeben. Es ist dies der Standpunkt, den ich als den des Strafrechts in der bürgerlichen Gesellschaft und der Strafe mit Rücksicht auf besondere Zwecke bezeichnet habe [5]). In Verbindung mit

---

3) P. G. O. Art. 195. „Formirung der urtheyl eyns sörglichen manns inn gefengknuß zu verwaren. — Auff warhafftige erfarung und befindung gnugsamer anzeygung zu lösen glauben, künfftiger übelthettiger beschedigung halber, ist zu recht erkant, daß B. so gegenwärtig vor gericht steht, inn gefengknuß enthalten werden soll, biß er gnugsam und gebürlich caution und bestandt thut, damit landt und leut vor jm versichert werden."

4) S. z. B. Bayer Abhandlungen aus dem Strafrechte. Th. I. S. 68. und meine Beurtheilung in den kritischen Jahrbüchern für R. W. 1843. S. 385 f.

5) Strafrechtstheorien ꝛc. S. 23 f. Die Bemerkung von Köstlin Revision ꝛc. S. 630. Not., daß ich diese Systeme nicht

dieser Auffassung des Verbrechens, nicht sowohl als Unrechts an sich, sondern als störender gefährlicher Handlung, und eben so der Strafe, nicht als nothwendiger durch das Unrecht bedingter Aufhebung desselben und Wiederherstellung des gebrochenen Rechts und Gesetzes, sondern als Mittel, der Störung nachdrücklich zu begegnen und sie, wo möglich, für die Zukunft zu vermeiden, stand dann auch das System der Strafarten, wenn wir auch zugeben müssen, daß dieses, wie es sich allmählig gebildet hatte, noch auf andern geschichtlichen Grundlagen beruhet. Todesstrafe, deren tieferer Grund übrigens keineswegs erkannt war, mochte am sichersten auch jenes Ziel erreichen lassen: nicht minder, wenigstens für das unmittelbar betheiligte Gemeinwesen, die Landesverweisung, von welcher so häufig Gebrauch gemacht wurde. Auch die mehr und mehr in Anwendung kommende Freiheitsstrafe, und zwar nicht blos mit der vorhin angeführten Bestimmung, einen gefährlichen Menschen unschädlich zu machen, sondern zu dem Zweck, den Entlassenen dereinst gebessert der Gesellschaft zurückzugeben, — wurde hierauf bezogen. Aber freilich wurde diese Besserung nur eben darin gesucht und allenfalls dadurch bekundet, daß der Bestrafte künftig solche Widerrechtlichkeiten sich nicht mehr zu Schulden kommen ließ, wegen deren ihn die gerechte Ahndung getroffen hatte. Diese Besserung wurde also mehr im negativen Sinn genommen, als etwas, was möglicherweise durch die Furcht vor der fernern Strafe, nachdem bereits einmal eine solche mit allem ihren Gefolge von Uebeln und Unannehmlich-

---

gerecht behandle, indem ich mich begnüge, sie unter den Gesichtspunkt der bürgerlichen Gesellschaft zu stellen, sollte ein aufmerksamer Leser meiner Schrift und Beurtheiler meines Princips nicht machen, da ich aller relativen Theorie ihre Bedeutung in dem sittlichen Strafrecht des Staats auf Grundlage der Gerechtigkeit zugestehe, S. 32 f. u. S. 55, worin Köstlin selbst nachgefolgt ist.

keiten erstanden war, also in der Bedeutung der Präventions- oder der äußern Abschreckungs-Theorie. So konnte auch von einem Bestreben auf die eigentliche Besserung hinzuarbeiten gar noch nicht die Rede seyn. Jene Wirkung, herbeigeführt, vermochte jenen Zweck zu erreichen, ohne daß man sich besondere Mühe gab, auf die Gesinnung des Sträflings durch Belehrung, Ermahnung 2c., kurz auf irgend eine Weise einen Einfluß auszuüben, welcher außer und neben der Strafe Statt fände; man schien zu glauben, die Strafe allein, wie sie auch beschaffen seyn möge, wäre auch dafür hinreichend. So dürftig, wie diese früher gangbare Betrachtung, war denn auch das Ergebniß. Es war ein Fortschritt in der Wissenschaft und Ausführung nothwendig, der in unserer Zeit, wenn auch nicht schon vollständig gemacht, doch genügend vorbereitet und zum Bewußtseyn gebracht ist. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß jene ältere Ansicht, — nicht die praktische Geltendmachung derselben — eine Wahrheit enthielt, die, weil sie dieses ist, auch heute sich behaupten muß. Die Verkennung derselben hat theoretisch und praktisch geschadet, eine Verwirrung der Begriffe wenigstens mit veranlaßt, wenn sie gleich zum Theil aus der wohlwollendsten Gesinnung hervorgegangen ist. Auf solche Gesinnung — obschon, wo das Gebiet der Objectivität des Gedankens und der vernünftigen gerechten Einrichtungen zur Sprache kommt, die bloße Subjectivität sich zurückziehen muß, — ist dennoch ein bestimmter und keineswegs geringer Werth zu legen. Schon in sofern, als es für die Vermittelung der Idee, des Erkennens, mit dem Leben, des H a n d e l n s, bedarf, dieses aber die Aufgabe des Individuums ist, welches sich seiner Pflicht und höhern Forderung bewußt seyn soll, aber eben deshalb auch berechtigt ist, die Versöhnung und Uebereinstimmung seiner Subjectivität als Vernunftwesen, mit der Objectivität

und Nothwendigkeit des von beliebiger Anerkennung unabhängigen Vernünftigen, als Werk der Freiheit zu Stande zu bringen und in der Aufopferung der blos individuellen Meinung, in der Leistung für das allgemeine Gute seine Befriedigung zu finden. Ueberhaupt aber müssen wir der guten Gesinnung die Bedeutung zugestehen, die sie darum hat, weil das Wollen als Bedingung und Grundlage der Handlung von dem Wissen nicht zu trennen ist. Wie viel darauf ankomme, besonders im Gebiet des Praktischen der Gerechtigkeitspflege, habe ich bei mehreren Gelegenheiten zu zeigen gesucht, und gedenke im Verlaufe dieser Betrachtung darauf zurückzukommen. Nur muß das Wollen, auch des Guten, und das dasselbe bestimmende Wissen, eine objective Grundlage und einen gediegenen Inhalt haben; es vermag für sich allein nicht einen Werth in Anspruch zu nehmen, oder den Mangel jener Erfordernisse zu ersetzen.

Jene Wahrheit, mit welcher so leicht die Forderung der gründlichen Besserung der dem Strafgesetz Verfallenen in Widerspruch geräth, ist, daß die Strafe als nothwendige Folge des Verbrechens (und in der That ist sie nur die andere Seite des Begriffs) etwas für sich Anzuerkennendes, nicht ein bloßes Mittel sey, um einen andern Zweck zu erreichen, wäre dieser auch so erhoben, und dessen Herbeiführung so wünschenswerth, als es unzweifelhaft die Besserung ist.

Es wird nothwendig, hier Einiges zur nähern Verständigung zu bemerken: Wenn wir die zu erzielende Besserung nicht hoch genug anschlagen können, und es als eine gemeinsame Aufgabe betrachten, dafür mitzuwirken, daß die entsprechenden Einrichtungen beschlossen und ins Leben gerufen werden, so könnte es auffallen, eine Ansicht vertheidigt zu sehen, die dem Besserungsprincip scheinbar

braucht nur an Diebstahl und Betrug zu erinnern. Nur Capitalverbrechen waren Gegenstand der öffentlichen Anklage. Theils durch Gerichtsgebrauch, theils durch Statute wurde die Mehrzahl der älteren Privatdelicte in das Bereich der Verbrechen gezogen, und, wenn auch Privatanklage fortan die Voraussetzung der Verfolgung blieb, mit peinlichen Strafen belegt. Dieses Schicksal hatten namentlich die Körperverletzungen, und es ward in manchen Satzungen dabei kein Unterschied zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Beschädigung gemacht. Erwägt man nun, daß die P. G. O. in den Artikeln 134 und 136. jener zwei Fälle fahrlässiger Gesundheitsbeschädigung, und zwar einer unmittelbaren und einer mittelbaren, ausdrücklich erwähnt; daß die Praxis von jeher daraus eine Rechtsanalogie [69]) für alle Fälle ableitete, welche nicht minder durch grobe Unvorsichtigkeit die Beschädigung eines Menschen herbeiführen; daß überhaupt auch die Criminalpolitik dafür spricht, ein solches Benehmen wegen der Gemeingefährlichkeit mit öffentlicher Rüge zu ahnden: so kann auch eine rationellpraktische Theorie kein Bedenken tragen, die fahrlässige Körperbeschädigung für allgemein verpönt zu erklären [70]).

Vermag man sich aber bei der Grundlage des deutschen Herkommens nicht zu beruhigen, so giebt das römische Recht [71]) wenigstens für Fälle grellerer Art einen Anhalt. Auch ist in neuerer Zeit nachgewiesen, daß unter den Begriff der Injurie nicht blos Handlungen mit klar

---

68) Heffter, Lehrb. des Crim. Rechts §. 282. Anm. 9.

69) Wächter, in diesem Archiv Jahrg. 1844. S. 429 u. 435. Vgl. auch P. G. O. Art. 146.

70) Bauer, Lehrb. des Strafrechts, 2te Aufl. §. 188. Marezoll, Criminalrecht S. 319—324.

71) S. oben Anm. 65.

ausgesprochener Absicht zu beleidigen fallen [72]), sondern auch solche, die eine Kränkung der Persönlichkeit durch unachtsames Vornehmen einer Handlung, die nicht auf solche Kränkung berechnet war, hervorbringen.

Diesem Grundsatze sollte man die Lehre von der fahrlässigen Körperverletzung auch heut zu Tage anschließen [73]). Denn wenn auf der einen Seite die Nothwendigkeit anzuerkennen ist, dafür überhaupt eine Criminalstrafe anzudrohen, so bleibt auf der andern Seite zu wünschen, daß die Grenzen nicht weiter gezogen werden, als die Rücksicht der Gemeingefährlichkeit erfordert. Nur in einem an sich muthwilligen oder gedankenlosen Benehmen kann aber dieser Charakter erkannt werden; es ist nicht genug, daß die fahrlässige Beschädigung als möglich vorherzusehen war, sondern sie muß als wahrscheinlich oder doch als leicht möglich zu betrachten seyn. Handelte dann der Thäter ohne alle Umsicht und verursachte einen schlimmen Erfolg, so besteht das Raisonnement des Richters in folgenden Sätzen:

1) Unter gewissen Umständen ist bei gewissen Handlungen Vorsicht nöthig, damit nicht ein nach bekannter Erfahrung leicht eintretender Schade für menschliches Daseyn die Folge davon sey;

2) A hat eine solche Handlung unter solchen Umständen unbedachtsam vorgenommen und einen solchen Erfolg herbeigeführt;

---

72) Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts §. 302. Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. II. S. 256.

73) Das badische Strafgesetz §. 101. definirt die Fahrlässigkeit als eine Handlung, „aus welcher ohne Absicht eine Rechtsverletzung entspringt, die nach allgemeiner Erfahrung oder nach besonderer Kenntniß, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit vorherzusehen und zu vermeiden gewesen wäre."

3) A hat sich daher, wenn auch nicht durch bestimmte Willensrichtung, doch durch fehlerhafte, rücksichtslose Willensbestimmung dem Gemeinwesen gefährlich erwiesen, und er muß deßhalb angemessene Strafe leiden.

Die Modalitäten, unter welchen strafbare Körperverletzung vorkommt, sind hiermit wohl erschöpft. Es steht jedoch dieser Lehre, durch Entwickelung der neuern deutschen Strafgesetze, zuversichtlich eine feinere Ausbildung bevor, welche um so wohlthätiger auf die öffentlichen Zustände wirken wird, als Gesundheitsbeschädigungen, wie schon im ersten Theile der Abhandlung ausgeführt wurde, unter allen Gewalthandlungen als die bedrohlichsten für Rechtsfrieden und Staatsordnung [74]) zu betrachten sind.

---

74) Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber enthält Mohl's System der Präventivjustiz §§. 28 u. 29. S. 289 – 303.

70) Bau.
rezoll,
71) S

IX.

Ueber die Bedeutung des Besserungsprincips, und die praktische Geltendmachung desselben.

Von

Abegg.

Der noch immer fortdauernde Streit über die verschiedenen Strafrechtstheorieen, ist unleugbar nicht blos für die Wissenschaft, sondern auch für die Anwendung von Einfluß gewesen. Man könnte geneigt seyn, dies bei der ersten Betrachtung in Zweifel zu ziehen: man könnte der oft ausgesprochenen Meinung beitreten wollen, daß die theoretischen Erörterungen ihren Werth nur in ihrem Gebiet hätten, was Manche, um das hier herrschende Mißverständniß auf die Spitze zu treiben, so ausdrücken, daß jene, eben weil sie theoretisch seyen, unpraktisch bleiben müßten. Es ist indeß jetzt nicht mehr nöthig, solchem Mißverständnisse zu begegnen; nicht als ob es nicht noch häufig genug vorkäme, sondern weil, was sich dagegen mit Grund erinnern läßt, und was von der richtigen Einsicht in die wahrhafte Natur der Theorie und der Praxis, und des gegenseitigen Verhältnisses derselben, ausgeht, nicht unbekannt ist; und weil eine, wenn auch sonst nicht gerade überflüssige Erinnerung an anerkannte Wahrheiten ihren Zweck denen gegenüber verfehlen möchte, für welche sie zunächst bestimmt seyn müßte. Erheblicher würde die Berufung darauf seyn, daß die in der Anwendung sich be-

3) A hat sich daher, wenn auch nicht durch bestimmte Willensrichtung, doch durch fehlerhafte, rücksichtslose Willensbestimmung dem Gemeinwesen gefährlich erwiesen, und er muß deßhalb angemessene Strafe leiden.

Die Modalitäten, unter welchen strafbare Körperverletzung vorkommt, sind hiermit wohl erschöpft. Es steht jedoch dieser Lehre, durch Entwickelung der neuern deutschen Strafgesetze, zuversichtlich eine feinere Ausbildung bevor, welche um so wohlthätiger auf die öffentlichen Zustände wirken wird, als Gesundheitsbeschädigungen, wie schon im ersten Theile der Abhandlung ausgeführt wurde, unter allen Gewalthandlungen als die bedrohlichsten für Rechtsfrieden und Staatsordnung [74]) zu betrachten sind.

---

74) Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber enthält Mohl's System der Präventivjustiz §§. 28 u. 29. S. 289 – 303.

---

70) Bau.
rezoll,

71) S.

IX.

Ueber die Bedeutung des Besserungsprincips, und die praktische Geltendmachung desselben.

Von

Abegg.

Der noch immer fortdauernde Streit über die verschiedenen Strafrechtstheorieen, ist unleugbar nicht blos für die Wissenschaft, sondern auch für die Anwendung von Einfluß gewesen. Man könnte geneigt seyn, dies bei der ersten Betrachtung in Zweifel zu ziehen: man könnte der oft ausgesprochenen Meinung beitreten wollen, daß die theoretischen Erörterungen ihren Werth nur in ihrem Gebiet hätten, was Manche, um das hier herrschende Mißverständniß auf die Spitze zu treiben, so ausdrücken, daß jene, eben weil sie theoretisch seyen, unpraktisch bleiben müßten. Es ist indeß jetzt nicht mehr nöthig, solchem Mißverständnisse zu begegnen; nicht als ob es nicht noch häufig genug vorkäme, sondern weil, was sich dagegen mit Grund erinnern läßt, und was von der richtigen Einsicht in die wahrhafte Natur der Theorie und der Praxis, und des gegenseitigen Verhältnisses derselben, ausgeht, nicht unbekannt ist; und weil eine, wenn auch sonst nicht gerade überflüssige Erinnerung an anerkannte Wahrheiten ihren Zweck denen gegenüber verfehlen möchte, für welche sie zunächst bestimmt seyn müßte. Erheblicher würde die Berufung darauf seyn, daß die in der Anwendung sich be-

währende Wahrheit der Sache unabhängig bleibe von der theoretischen Erkenntniß. Richtig aber ist dies auch nur, in sofern letztere eine individuelle Ansicht wäre, die denn allerdings der Wahrheit gegenüber nicht eine Geltung haben kann. Aber diese Wahrheit, wie sie objectiv und in bestimmten Einrichtungen besteht, soll doch auch erkannt und zum Bewußtseyn gebracht werden. Die Wissenschaft vermag sich der ihr gestellten Aufgabe nicht zu entziehen, und die Anwendung, die auf Gründen beruhen soll, kann und will die gefundenen richtigen Ergebnisse nicht abweisen.

Unter den praktischen Wirkungen jener im Eingang erwähnten Erörterungen verstehe ich theils die, welche sich bei der Abfassung neuerer Strafgesetzbücher und Entwürfe kund geben, theils die, welche sich bei der Ausübung der Strafrechtspflege und insbesondere bei der Vollstreckung der Strafe äußern. Daß diese letztere, in sofern sie als bestimmte Strafart hervortritt, vorzugsweise Gefängnißstrafe sey, — bei welcher fast allein von solchen Wirkungen die Rede seyn kann — muß einerseits vorausgesetzt, anderseits selbst als eine nicht blos zufällige, sondern nothwendige Folge jener Gestaltung der Sache angesehen werden, durch welche mittelst fast gänzlicher Veränderung des Strafsystems, der Gegensatz des neueren und des älteren, formell als s. g. geschriebenes gemeines Recht, noch in mehreren Ländern gültigen Strafrechts bezeichnet wird. Was dann näher die Weise der Vollstreckung einer Freiheit beschränkenden Strafe betrifft, und das Ziel, welches dabei erstrebt wird, oder werden soll, so ist es nahe liegend, dabei an die Besserung zu denken. — Die verschiedenen Bedeutungen, in welchen diese selbst genommen wird, können fürs Erste noch bei Seite gesetzt bleiben. Jene Ansicht ist nicht erst in der neuern Zeit aufgestellt worden. Die älteren und späteren Gesetzgebungen

erwähnen der Besserung, entweder als Zweck der Strafe, oder als einer bei deren Anwendung zu berücksichtigenden und zu erstrebenden Folge, oder auch wohl als einer unmittelbaren heilsamen Wirkung der Strafe — auf den Grund der Erfahrung, die sich häufig, auch außerhalb des Gebiets des Strafrechts, nach Leiden und Beschwerden zeigt, welche man in einer andern Bedeutung Strafe nennt und auf ein vorhergegangenes Fehlen bezieht, das sie hervorrief [1]). Die Bezeichnungen, welche für die Strafanstalten schon gleich bei deren Einführung gebraucht wurden, Zuchthaus, Correctionshaus, *maison de correction*, Pönitenzhaus [2]), weisen darauf hin, daß man wenigstens eine Ahnung davon gehabt habe, worauf es hier ankomme und was die Pflicht der Staatsgewalt und der bürgerlichen Gesellschaft im Verhältniß zu dem Gefallenen sey, den sie nach den Forderungen der Gerechtigkeit seiner Freiheit auf kürzere oder längere Dauer beraubt. Weiter, als zu dieser Ahnung scheint man es nicht gebracht zu haben, oder, wenn hie und da ein bestimmteres Bewußtseyn obwaltete, so gelang es doch nicht, diesem einen entsprechenden Einfluß auf die Einrichtung der Straf-Anstalten, vollends auf das ganze Straf-System zu verschaffen. Die Hindernisse, die sich, auch abgesehen von mangelhafter Einsicht, entgegenstellten und mit denen zum Theil auch noch unsere Zeit vielfach zu kämpfen hat, mögen zur Entschuldigung dienen und unser Urtheil mildern, wenn wir, — nach dem Zeugniß der Geschichte der Straf- und s. g. Besserungs-Anstalten es wiederholen, daß nicht nur jener Zweck fast überall unberücksichtigt und unerreicht

1) Meine Schrift: Die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 52 f. 88 f.

2) Wächter: Die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg. Tübingen 1832. und meine Anzeige in den Jahrbüchern der Jurist. Literatur Bd. XIX. S. 182 f.

blieb, sondern sogar die Klagen eben so allgemein, als gegründet wurden, daß die Bestraften meist noch verdorbener die Anstalt verließen, als sie dieselbe betreten hatten. In der That wurde aber der Gefangene nicht sowohl als ein der Besserung bedürftiges, als vielmehr wie ein gefährliches, die Sicherheit beeinträchtigendes Individuum betrachtet und behandelt, wie ihn denn die P. G. O., welche aber nur für solche Fälle ausnahmsweise die gefängliche Bewahrung kennt, als einen „sörglichen und schödlichen Mann" bezeichnet [3]). Und in der That entspricht dieses der Ansicht jener Zeit, der zu Folge die Ausübung der Strafrechtspflege vornehmlich als ein Mittel der Sicherung gegen die Gefahren betrachtet wurde, welche der öffentlichen Ordnung durch die Verbrechen drohten. Das Strafrecht wird der Polizei [4]) untergeordnet, — eine Ansicht, der man noch in den Ausführungen einiger Rechtsgelehrten der neuern Zeit begegnet, wobei, wie öfter, der Fehler der ist, ein einzelnes Moment für das ausschließende, eine erfahrungsmäßige Erscheinung einer möglichen Folge für ein Princip auszugeben. Es ist dies der Standpunkt, den ich als den des Strafrechts in der bürgerlichen Gesellschaft und der Strafe mit Rücksicht auf besondere Zwecke bezeichnet habe [5]). In Verbindung mit

---

3) P. G. O. Art. 195. „Formirung der urtheyl eyns sörglichen manns inn gefengknuß zu verwaren. — Auff warhafftige erfarung und befindung gnugsamer anzeygung zu lösen glauben, künfftiger übelthettiger beschedigung halber, ist zu recht erkant, das B. so gegenwärtig vor gericht steht, inn gefengknuß enthalten werden soll, biß er gnugsam und gebürlich caution und bestandt thut, damit landt und leut vor jm versichert werden."

4) S. z. B. Bayer Abhandlungen aus dem Strafrechte. Th. I. S. 68. und meine Beurtheilung in den kritischen Jahrbüchern für R. W. 1843. S. 385 f.

5) Strafrechtstheorien ꝛc. S. 23 f. Die Bemerkung von Köstlin Revision ꝛc. S. 630. Not., daß ich diese Systeme nicht

dieser Auffassung des Verbrechens, nicht sowohl als Unrechts an sich, sondern als störender gefährlicher Handlung, und eben so der Strafe, nicht als nothwendiger durch das Unrecht bedingter Aufhebung desselben und Wiederherstellung des gebrochenen Rechts und Gesetzes, sondern als Mittel, der Störung nachdrücklich zu begegnen und sie, wo möglich, für die Zukunft zu vermeiden, stand dann auch das System der Strafarten, wenn wir auch zugeben müssen, daß dieses, wie es sich allmählig gebildet hatte, noch auf andern geschichtlichen Grundlagen beruhet. Todesstrafe, deren tieferer Grund übrigens keineswegs erkannt war, mochte am sichersten auch jenes Ziel erreichen lassen: nicht minder, wenigstens für das unmittelbar betheiligte Gemeinwesen, die Landesverweisung, von welcher so häufig Gebrauch gemacht wurde. Auch die mehr und mehr in Anwendung kommende Freiheitsstrafe, und zwar nicht blos mit der vorhin angeführten Bestimmung, einen gefährlichen Menschen unschädlich zu machen, sondern zu dem Zweck, den Entlassenen dereinst gebessert der Gesellschaft zurückzugeben, — wurde hierauf bezogen. Aber freilich wurde diese Besserung nur eben darin gesucht und allenfalls dadurch bekundet, daß der Bestrafte künftig solche Widerrechtlichkeiten sich nicht mehr zu Schulden kommen ließ, wegen deren ihn die gerechte Ahndung getroffen hatte. Diese Besserung wurde also mehr im negativen Sinn genommen, als etwas, was möglicherweise durch die Furcht vor der fernern Strafe, nachdem bereits einmal eine solche mit allem ihren Gefolge von Uebeln und Unannehmlich-

---

gerecht behandle, indem ich mich begnüge, sie unter den Gesichtspunkt der bürgerlichen Gesellschaft zu stellen, sollte ein aufmerksamer Leser meiner Schrift und Beurtheiler meines Princips nicht machen, da ich aller relativen Theorie ihre Bedeutung in dem sittlichen Strafrecht des Staats auf Grundlage der Gerechtigkeit zugestehe, S. 32 f. u. S. 55, worin Köstlin selbst nachgefolgt ist.

blieb, sondern sogar die Klagen eben so allgemein, als gegründet wurden, daß die Bestraften meist noch verdorbener die Anstalt verließen, als sie dieselbe betreten hatten. In der That wurde aber der Gefangene nicht sowohl als ein der Besserung bedürftiges, als vielmehr wie ein gefährliches, die Sicherheit beeinträchtigendes Individuum betrachtet und behandelt, wie ihn denn die P. G. O., welche aber nur für solche Fälle ausnahmsweise die gefängliche Bewahrung kennt, als einen „sörglichen und schödlichen Mann" bezeichnet [3]). Und in der That entspricht dieses der Ansicht jener Zeit, der zu Folge die Ausübung der Strafrechtspflege vornehmlich als ein Mittel der Sicherung gegen die Gefahren betrachtet wurde, welche der öffentlichen Ordnung durch die Verbrechen drohten. Das Strafrecht wird der Polizei [4]) untergeordnet, — eine Ansicht, der man noch in den Ausführungen einiger Rechtsgelehrten der neuern Zeit begegnet, wobei, wie öfter, der Fehler der ist, ein einzelnes Moment für das ausschließende, eine erfahrungsmäßige Erscheinung einer möglichen Folge für ein Princip auszugeben. Es ist dies der Standpunkt, den ich als den des Strafrechts in der bürgerlichen Gesellschaft und der Strafe mit Rücksicht auf besondere Zwecke bezeichnet habe [5]). In Verbindung mit

---

3) P. G. O. Art. 195. „Formirung der urtheyl eyns sörglichen manns inn gefengknuß zu verwaren. — Auff warhafftige erfarung und befindung gnugsamer anzeygung zu lösen glauben, künfftiger übelthettiger beschedigung halber, ist zu recht erkant, daß B. so gegenwärtig vor gericht steht, inn gefengknuß enthalten werden soll, biß er gnugsam und gebürlich caution und bestandt thut, damit landt und leut vor jm versichert werden."

4) S. z. B. Bayer Abhandlungen aus dem Strafrechte. Th. I. S. 68. und meine Beurtheilung in den kritischen Jahrbüchern für R. W. 1843. S. 385 f.

5) Strafrechtstheorien ꝛc. S. 23 f. Die Bemerkung von Köstlin Revision ꝛc. S. 630. Not., daß ich diese Systeme nicht

dieser Auffassung des Verbrechens, nicht sowohl als Unrechts an sich, sondern als störender gefährlicher Handlung, und eben so der Strafe, nicht als nothwendiger durch das Unrecht bedingter Aufhebung desselben und Wiederherstellung des gebrochenen Rechts und Gesetzes, sondern als Mittel, der Störung nachdrücklich zu begegnen und sie, wo möglich, für die Zukunft zu vermeiden, stand dann auch das System der Strafarten, wenn wir auch zugeben müssen, daß dieses, wie es sich allmählig gebildet hatte, noch auf andern geschichtlichen Grundlagen beruhet. Todesstrafe, deren tieferer Grund übrigens keineswegs erkannt war, mochte am sichersten auch jenes Ziel erreichen lassen: nicht minder, wenigstens für das unmittelbar betheiligte Gemeinwesen, die Landesverweisung, von welcher so häufig Gebrauch gemacht wurde. Auch die mehr und mehr in Anwendung kommende Freiheitsstrafe, und zwar nicht blos mit der vorhin angeführten Bestimmung, einen gefährlichen Menschen unschädlich zu machen, sondern zu dem Zweck, den Entlassenen dereinst gebessert der Gesellschaft zurückzugeben, — wurde hierauf bezogen. Aber freilich wurde diese Besserung nur eben darin gesucht und allenfalls dadurch bekundet, daß der Bestrafte künftig solche Widerrechtlichkeiten sich nicht mehr zu Schulden kommen ließ, wegen deren ihn die gerechte Ahndung getroffen hatte. Diese Besserung wurde also mehr im negativen Sinn genommen, als etwas, was möglicherweise durch die Furcht vor der fernern Strafe, nachdem bereits einmal eine solche mit allem ihren Gefolge von Uebeln und Unannehmlich-

---

gerecht behandle, indem ich mich begnüge, sie unter den Gesichtspunkt der bürgerlichen Gesellschaft zu stellen, sollte ein aufmerksamer Leser meiner Schrift und Beurtheiler meines Princips nicht machen, da ich aller relativen Theorie ihre Bedeutung in dem sittlichen Strafrecht des Staats auf Grundlage der Gerechtigkeit zugestehe, S. 32 f. u. S. 55, worin Köstlin selbst nachgefolgt ist.

keiten erstanden war, also in der Bedeutung der Präventions- oder der äußern Abschreckungs-Theorie. So konnte auch von einem Bestreben auf die eigentliche Besserung hinzuarbeiten gar noch nicht die Rede seyn. Jene Wirkung, herbeigeführt, vermochte jenen Zweck zu erreichen, ohne daß man sich besondere Mühe gab, auf die Gesinnung des Sträflings durch Belehrung, Ermahnung rc., kurz auf irgend eine Weise einen Einfluß auszuüben, welcher außer und neben der Strafe Statt fände; man schien zu glauben, die Strafe allein, wie sie auch beschaffen seyn möge, wäre auch dafür hinreichend. So dürftig, wie diese früher gangbare Betrachtung, war denn auch das Ergebniß. Es war ein Fortschritt in der Wissenschaft und Ausführung nothwendig, der in unserer Zeit, wenn auch nicht schon vollständig gemacht, doch genügend vorbereitet und zum Bewußtseyn gebracht ist. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß jene ältere Ansicht, — nicht die praktische Geltendmachung derselben — eine Wahrheit enthielt, die, weil sie dieses ist, auch heute sich behaupten muß. Die Verkennung derselben hat theoretisch und praktisch geschadet, eine Verwirrung der Begriffe wenigstens mit veranlaßt, wenn sie gleich zum Theil aus der wohlwollendsten Gesinnung hervorgegangen ist. Auf solche Gesinnung — obschon, wo das Gebiet der Objectivität des Gedankens und der vernünftigen gerechten Einrichtungen zur Sprache kommt, die bloße Subjectivität sich zurückziehen muß, — ist dennoch ein bestimmter und keineswegs geringer Werth zu legen. Schon in sofern, als es für die Vermittelung der Idee, des Erkennens, mit dem Leben, des Handelns, bedarf, dieses aber die Aufgabe des Individuums ist, welches sich seiner Pflicht und höhern Forderung bewußt seyn soll, aber eben deshalb auch berechtigt ist, die Versöhnung und Uebereinstimmung seiner Subjectivität als Vernunftwesen, mit der Objectivität

und Nothwendigkeit des von beliebiger Anerkennung unabhängigen Vernünftigen, als Werk der Freiheit zu Stande zu bringen und in der Aufopferung der blos individuellen Meinung, in der Leistung für das allgemeine Gute seine Befriedigung zu finden. Ueberhaupt aber müssen wir der guten Gesinnung die Bedeutung zugestehen, die sie darum hat, weil das Wollen als Bedingung und Grundlage der Handlung von dem Wissen nicht zu trennen ist. Wie viel darauf ankomme, besonders im Gebiet des Praktischen der Gerechtigkeitspflege, habe ich bei mehreren Gelegenheiten zu zeigen gesucht, und gedenke im Verlaufe dieser Betrachtung darauf zurückzukommen. Nur muß das Wollen, auch des Guten, und das dasselbe bestimmende Wissen, eine objective Grundlage und einen gediegenen Inhalt haben; es vermag für sich allein nicht einen Werth in Anspruch zu nehmen, oder den Mangel jener Erfordernisse zu ersetzen.

Jene Wahrheit, mit welcher so leicht die Forderung der gründlichen Besserung der dem Strafgesetz Verfallenen in Widerspruch geräth, ist, daß die Strafe als nothwendige Folge des Verbrechens (und in der That ist sie nur die andere Seite des Begriffs) etwas für sich Anzuerkennendes, nicht ein bloßes Mittel sey, um einen andern Zweck zu erreichen, wäre dieser auch so erhoben, und dessen Herbeiführung so wünschenswerth, als es unzweifelhaft die Besserung ist.

Es wird nothwendig, hier Einiges zur nähern Verständigung zu bemerken: Wenn wir die zu erzielende Besserung nicht hoch genug anschlagen können, und es als eine gemeinsame Aufgabe betrachten, dafür mitzuwirken, daß die entsprechenden Einrichtungen beschlossen und ins Leben gerufen werden, so könnte es auffallen, eine Ansicht vertheidigt zu sehen, die dem Besserungsprincip scheinbar

eine beschränktere Stellung anweiset, vollends wenn dies gerade in dieser Zeitschrift geschieht.

Aus den bisherigen Andeutungen ging hervor, daß die Bewirkung der Besserung, weder im Allgemeinen noch im besondern Falle, als Zweck der Strafe anerkannt worden sey. Gelegentliche, theoretisch und selbst in Gesetzen ausgesprochene Aeußerungen, daß die Strafe bestimmt sey, den Verbrecher zu bessern [6]), blieben entweder ohne allen Einfluß auf die Anwendung, oder sollten nur eine mögliche Folge der vollstreckten Strafe andeuten, die nach der Erfahrung wohl vorkommen mochte, wenn dieser gleich nicht selten eine andere gegenüber stand, welche sich in der Vergeblichkeit der abhaltenden Wirkung der nicht blos gedrohten, sondern wirklich vollzogenen Strafe, in der Menge der s. g. Rückfälle kund gab. Seitdem man aber angefangen hatte, über Rechtsgrund und Zweck der Strafe zu philosophiren, und in der Reihe der s. g. Strafrechtstheorieen auch der Besserungstheorie eine Stelle anzuweisen, hätte man erwarten können, daß eine wahrnehmbare Aenderung einträte. So war es aber nicht. Zwar mußte der schon an sich ansprechende Gedanke der Besserung Viele einnehmen: er mußte gegenüber den unhaltbaren, roheren und jedenfalls nicht im höhern Grade durch die Erfahrung bestätigten Theorieen der Abschreckung, Zuvorkommung ꝛc. sich Freunde erwerben, — aber, vorausgesetzt daß überhaupt das Wesen des Verbrechens und der Strafe ein Gegenstand sey, der nach beliebiger Meinung und eigenthümlichen Systemen auch für die Wirklichkeit so oder anders gefaßt werden könnte, was durchaus in Abrede gestellt werden muß, — so vermochte es doch wahrlich nicht zu genügen, wenn man behauptete, die Strafe habe nicht nur den Zweck, zu bessern,

---

6) Meine Strafrechtstheorieen S. 88 f.

sondern es sey auch die Erreichung dieses Zweckes der rechtliche Grund der Strafe, die oft folgerichtig außerdem gar nicht gerechtfertigt wäre. Dies ist die Bedeutung der gewöhnlich s. g. Besserungstheorie, welche nur scheinbar die Grundlage der heutigen Bestrebungen ist, die das Pönitentiarsystem hervorgerufen haben. Es stand aber jene Theorie eben so isolirt und ohne Einfluß auf die Anwendung und eine diese letztere bedingende Gesetzgebung, wie es mit den andern s. g. relativen Theorieen der Fall war. Der Grund lag nicht blos in dem erwähnten Mißverhältnisse von Theorie, Gesetzgebung und Anwendung und den daran sich knüpfenden Mißverständnissen, er lag in der Sache selbst. War es unmöglich, ein Strafsystem, wenn noch irgend ein gerechtes Verhältniß der Strafe zu der Verwirkung beabsichtigt wurde, auf das Besserungsprincip zu gründen, — und es sollte ja die Zweckmäßigkeit des Mittels, die Rechtfertigung darbieten, — so mußte man um so mehr bald inne werden, daß, die Besserung zu bewirken, nicht eine Forderung der Gerechtigkeit, nicht ein rechtlicher Grund der Strafe seyn könne, ja daß, wenn dieser nicht schon für sich vorhanden wäre, jene Theorie sich als eine völlig ungerechte darstellte.

Daß der Frevler am Heiligen, am Gesetze, bestraft werden, daß er der verletzten Gerechtigkeit Genugthuung geben müsse, hat man eben so anerkannt, als daß der Verderbte sich bessern solle: auch wohl, daß Letzteres in Folge der Strafe bewirkt werden könne: nicht so nahe aber liegt der Schluß, daß man berechtigt sey, den Verbrecher gewaltsam zu bessern. Die einfache Antwort auf die Frage: „was der Uebelthäter verdient habe" — möge er sich selbst diese vorlegen, oder ein Anderer ihm sein Unrecht vorhalten, — ist: Strafe zu erleiden, nicht aber: gebessert zu werden. Dies ist vielmehr Gegenstand eines hinzutretenden eignen Entschlusses, oder einer von

anderer Seite sich bethätigenden Bestrebung. Im ersten Falle, den man als einen möglichst häufigen wünschen muß, tritt eine unmittelbare Beziehung auf eine bestimmte Strafrechtstheorie nicht hervor. Der reuige und in sich gehende Schuldige kann jede Strafe, jedes Uebel, das er erfährt, in solcher Weise auf sich wirken lassen, und wird es um so mehr, je weniger er sich verhehlt, daß er die Strafe verdient habe, daß ihm sein Recht widerfahre; wo also stets ein Selbstbekenntniß vorausgesetzt wird, gesetzt auch, daß er vor dem Richter nicht gestanden, sondern, zur Zeit der Untersuchung noch verstockt, es auf die Ueberführung habe ankommen lassen. Im andern Falle, einer durch andere Personen und besondere Anstalten zu bewirkenden Besserung, wobei auf das Zusammentreffen mit dem ersten allerdings gerechnet wird, und wenn die Besserung eine wahrhafte seyn soll, auch gerechnet, und dieses vor Allem erstrebt werden muß, bieten sich der Betrachtung wiederum zwei verschiedene Gesichtspunkte dar. Nach dem einen wird die Besserung als das unmittelbare Ziel angenommen, wo dann die Mittel der Erreichung und unter diesen auch die Strafe zu erwägen und nicht blos nach ihrer Zweckmäßigkeit, sondern auch ihrer Rechtmäßigkeit zu prüfen sind. Nach dem andern wird die Selbstständigkeit und Nothwendigkeit der gerechten Strafe gebührend anerkannt, und dann dieser eine Einrichtung zu geben gesucht, welche es gestattet, auch die Besserung als eine herbeizuführende Folge zu berücksichtigen und als besondern Gegenstand einer pflichtmäßigen Sorge zu behandeln. Wir wollen sogleich bemerken, daß wir diese Ansicht, die sich auch praktisch bewährt, für die einzig richtige und der Gerechtigkeit entsprechende halten, was auch sonst schon zu beweisen gesucht worden ist.

Wo nun, wie es folgerichtig der Fall bei der s. g. Besserungstheorie ist, die Besserung als das ausschließend zu erstrebende Ziel betrachtet und durch dieses erst die Strafe als ein geeignetes Mittel gerechtfertigt werden soll, da tritt sofort ein Bedenken ein, welches selbst durch die zu Grunde liegende wohlwollende Absicht nicht entfernt wird. Wenn es sich nicht um Recht und Gerechtigkeit handeln soll, sondern um Erreichung eines Guten und die Wahl des sichersten Mittels, so verliert die Strafe alle Bedeutung — und darf nichts für sie und deren Nothwendigkeit geltend gemacht werden, was außerhalb des Verhältnisses von Mittel und Zweck steht. —. Die Frage, ob nicht in vielen Fällen der Zweck der Besserung auf eine andere und sicherere Weise erreicht zu werden vermöge, als durch den Strafzwang, kann nicht abgewiesen und muß nach der Erfahrung, nach pädagogischen und psychologischen Grundsätzen gradezu bejahet werden. Wie käme man, und zwar nicht neben andern zu versuchenden Mitteln, sondern allgemein und ohne Umweg sogleich zu der Strafe, deren Erfolglosigkeit für die Besserung, letztere selbst in dem äußerlichsten Sinn genommen, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle so augenscheinlich hervortritt? Ich will hier nicht davon sprechen, daß eine auf solche Weise[7]) begründete

---

7) Hiergegen ist es ein falscher Einwand, den Köstlin a. a. O. S. 637. vorbringt: „daß die Besserungstheorie, wenn sie eben den Staat zu ihrem Organ nimmt — (eine schiefe Auffassung!) mit allem Recht sich nicht für befugt hält, Jemanden als Candidaten des Besserungshauses zu betrachten, der nicht eben durch ein begangenes Verbrechen einen objectiven Erkenntnißgrund seiner unsittlichen Subjectivität preisgegeben hat." Denn die Besserungstheorie, die so verfährt und die wir vollkommen billigen, erkennt eine von ihren Bestrebungen unabhängige Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit der Strafe an, und will, während letztere sich auf das begangene Unrecht bezieht, ihrerseits der unsittichen Subjectivität entgegenwirken, und in diesem Sinn ihre, von der Strafe zu unterscheidenden Maaßregeln ergreifen, wozu ihr nur die Be-

Besserungstheorie nicht blos im Erfolg, sondern auch in Betreff dessen, was diese vorbereiten soll, sich eben so unpraktisch und unausführbar erzeigen müßte, wie sie die Strafe selbst, ohne andere Rechtfertigung, aufstellt, als welche in ihrer angeblichen Zweckmäßigkeit liegen soll; ich will nicht ausführen, daß sie keinen Maaßstab für eine gerechte Beurtheilung der Schuld und Verwirkung für die Bestimmung eines richtigen Verhältnisses zwischen der Uebertretung, wie sich diese im besondern Falle gestaltet, und der Ahndung, die der Schuldige nur nach dem Grade seiner Schuld und dessen, was ihm zugerechnet, was von ihm verantwortet werden muß, darbiete. Diese unabweisliche Forderung der Gerechtigkeit ist jener Theorie fremd, und muß es seyn. Welchen Sinn könnte es haben, wenn ein auf jener Grundlage ausgearbeitetes Strafgesetzbuch die einzelnen Arten strafbarer d. h. vielmehr den Besserungszwang bedingender Handlungen aufzählen und mit Strafe in bestimmten Abstufungen und innerhalb gewisser Grenzen bedrohen wollte, da sich doch gewiß nicht aus der Beschaffenheit der That in ihrer äußern Erscheinung und ihren Folgen ꝛc. auf ein bestimmtes größeres oder geringeres Maaß der Besserungsbedürftigkeit einen Schluß machen läßt? Alles müßte hier auf die besonderen Umstände, auf die Persönlichkeit ankommen? Ein geringes Vergehen, ein bloßer Versuch, kann eine bei weitem größere Bösartigkeit offenbaren, als irgend eine in der Erscheinung schwere Uebelthat. Folgerichtig würde das Gesetz überhaupt nur

---

strafung Gelegenheit bietet, von welcher die wahrhaften Besserungsmittel und das geeignete Verfahren bei ihrer Anwendung kein Theil sind. Die Besserungtheorie, die ich mißbillige, ist eine andere in Voraussetzung und praktischem Zweck und Wirkungen. Die Bedeutung des Strafrechts der Kirche, die ich früher hervorgehoben habe (Strafrechtstheorien S. 105 f.), darf man mir nicht hier entgegenhalten, wo von etwas ganz Anderm die Rede ist.

verordnen können, daß der Frevler durch Strafzwang zu bessern sey. Selbst der Richter, dem auch sonst die nähere und letzte Entscheidung überlassen wird, würde dem Rechtsspruch — der hier vielmehr die Eigenschaft einer Verwaltungsmaaßregel hätte, — keinen bestimmtern Inhalt geben, er würde nicht aussprechen können, daß dieser Schuldige durch ein Strafübel von dieser Art und Dauer zur Besserung gebracht werden solle. Vielmehr müßte auch im besondern Falle nur erklärt werden, der Frevler solle so lange dem Besserungszwange unterworfen werden, bis solcher sich an ihm als erfolgreich unzweifelhaft bewährt habe! Das hat man noch nirgend gewagt, und die Vertheidiger jener Theorie, die sich in der Anwendung ganz anders gestaltet, darum aber ihre Bedeutung und Rechtfertigung verliert, haben sich schwerlich alle die Folgen, Widersprüche und Ungerechtigkeiten klar gemacht, zu denen jene Vordersätze führen, wenn sie wirklich geltend gemacht, werden sollten! Ohnehin sind die Strafgesetzgebungen selbst im neuesten Sinn, nicht das Werk beliebiger Einfälle und auf solche besondere Zwecke berechnet, sondern beruhen auf einer tiefern innern Nothwendigkeit, die sich auch geschichtlich ausgesprochen hat. Keine Theorie, keine Willkühr, auch keine noch so gut gemeinte Absicht vermag dem Strafrecht eine andere Grundlage zu geben, und die wahrhafte (bei der von dem Unrecht des Verbrechens und von der Gerechtigkeit ausgegangen wird, welche allein Grund und Zweck der dadurch selbst gerechtfertigten und gerechten Strafe ist), die sich gegen jede Verkennung behauptet, mit Erfolg zu verdrängen, oder bei Seite zu setzen [8]).

Von selbst fallen daher auch alle die Folgerungen hinweg, die man von jenen ungerechtfertigten Vordersätzen

---

8) Strafrechtstheorieen S. 131 ff.

aus über die Zulässigkeit oder das Gegentheil bestimmter Strafarten hat machen wollen.

Das Wahre an der Sache ist dies. Die Strafe, als nothwendige Folge des Verbrechens, muß als Gebot der Gerechtigkeit erkannt werden. Diesem zufolge muß sie, als im besondern Fall der Verwirkung gerecht, dieser letztern entsprechen: ihr Maaß darf nicht aus einem fremden, außerhalb des Rechts liegenden Gesichtspunkte, nicht aus der Rücksicht auf einen künftig zu erreichenden Zweck und der Nützlichkeit entnommen werden. Sie würde aufhören eine gerechte zu seyn, und dieser Mangel vermöchte durch keine noch so gute Absicht ersetzt zu werden. Aber wie die Strafe in dem Staate der Sittlichkeit, dem christlichen vorzugsweise, in die Erscheinung tritt, muß sie, um ihrem Begriffe zu entsprechen, über die bloße Abstraction, welche in der rein rechtlichen Seite der Auffassung liegt, hinausgehen; sie muß, gleich dem Verbrechen, als das betrachtet und behandelt werden, was sie in der Idee ist, da diese Idee nicht ohne die concrete Verwirklichung besteht. Die verschiedenen Momente, welche sie enthält, und welche in dem allgemeinen Begriff nicht vernichtet, sondern nur zu diesem und unter einander in das richtige harmonische Verhältniß gesetzt sind, lassen sich nicht verleugnen. Sie haben eben so sehr Anspruch auf wissenschaftliche Anerkennung, als auf Geltung in der Anwendung. Der nothwendige Fortschritt, von dem ich oben sprach, ist eben dieser, daß das Strafrecht als das s i t t l i c h e des Staats sich bekunde, daß es nicht blos einer abstracten Ausgleichung des Unrechts und nicht blos der Nützlichkeit diene, sondern auf Grundlage der Gerechtigkeit, die immer das erste und letzte hier seyn muß, die verschiedenen in seinem Begriffe wie in der Erscheinung enthaltenen Seiten zu ihrem Rechte gelangen lasse. Letzteres kommt ihnen zu, nicht als ein ausschließendes, was die

Einseitigkeit der s. g. relativen Theorien ist, sondern so weit es mit der Gerechtigkeit und deren unabweislichen Forderungen vereinbar ist. Das ist es, was unter den Momenten verstanden wird, welche, da sie solche nur in dem Begriff, der Einheit des Ganzen sind, wesentlich anders geltend gemacht werden, als in einer blos äußern beliebigen Verbindung mehrerer, der Erfahrung nach, sich darbietenden Rücksichten, wie sie bei den s. g. gemischten Theorien vorkommt. Daß dieses nicht eine willkührliche Unterscheidung sey, daß sich an die Anerkennung jener Einheit des Begriffs, der seinen Unterschied als Moment hat und beherrscht, im Gegensatz des s. g. gemischten Systems und der Behauptung der Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechts-Princips, praktische und für die Gerechtigkeit keinesweges gleichgültige Ergebnisse anknüpfen, darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. Gesetzt es erscheine für die letzte Anwendung gleich, ob die Geltendmachung einer bestimmten Rücksicht, z. B. der Besserung, die Folge jenes zum Bewußtseyn gebrachten organischen Zusammenhanges oder einer äußern Verbindung mehrerer Zwecke sey, so würde es doch der Wissenschaft geziemen, die Sache auf ihren wahrhaften Standpunkt zurückzuführen. Wäre auch wirklich für die Anwendung ein sichtbarer Unterschied nicht vorhanden, so kann doch, namentlich für den Gesetzgeber und den Richter, die in ihrer Sphäre jener Anwendung das concrete Maaß geben, die Forderung nicht zurückgewiesen werden, das was recht ist, und was dem Recht gemäß geschehen soll, als Ergebniß der erkannten Wahrheit auszusprechen.

Unter den Momenten, die im Begriff des Verbrechens und beziehungsweise der Strafe enthalten sind, und welche die Gesetzgebung und auf deren Grund die richtige Würdigung der Schuld bei Bestimmung der Strafe zu berücksichtigen hat, sind mehrere, die eine besonders her-

vortretende Thätigkeit und eine diese bedingende Anstalt oder Einrichtung nicht erfordern. Die gerecht bestimmte Strafe wird in ihrer Anwendung, ja selbst das Strafgesetz in seinem bloßen Daseyn, die Wirkung der Warnung, Abschreckung ꝛc. unmittelbar hervorbringen können, wenn gleich dies weder der Zweck noch der Rechtsgrund der Strafe seyn kann; so wie dies daher auch nicht eine solche selbstständige Geltung haben darf, daß dadurch Art und Größe der Strafe bestimmt werden sollte. Eines aber, dessen Wichtigkeit unsere Zeit vornehmlich erkennt, ist anderer Art. Ich meine eben die Besserung [9]). Die Nothwendigkeit derselben, die im Allgemeinen feststeht und — wie Niemand leugnen wird — sie Alle, nicht blos für die, deren Fehler von der Art sind, daß sie in ihren Folgen dahin führen, die Strenge der Strafgesetze in Wirksamkeit zu setzen, — diese Nothwendigkeit, sage ich, tritt als ein besonderes Bedürfniß hervor bei der Handlungsweise dessen, der zum Verbrecher geworden ist. Dieses in dem Verbrechen enthaltene Moment erfordert ein entsprechendes in der Strafe, oder vielmehr, es ist dasselbe, nur von der andern Seite aufgefaßt. Zunächst nun ist dieses, obschon nach der einen Seite nicht Grund und Rechtfertigung, nach der andern Seite nicht Zweck der Strafe, doch auch in ihr enthalten: es ist, wie wir bereits gezeigt haben, möglich, daß die Strafe zur Besserung diene, auch ohne eine hierauf besonders berechnete Thätigkeit von Außen her, die sich auf den Schuldigen bezieht. Je mehr er zur Selbstprüfung und Reue gelangt, desto mehr wird er in sich gehen und sich die Strafe als heilsames Zuchtmittel dienen lassen. So wird ihm die Strafe selbst noch etwas anderes und mehr, als der Gerechtigkeit

---

9) Sehr Beachtenswerthes hierüber findet sich in H. Steffens: Was ich erlebte. Bd. IX. Breslau 1844. S. 195—227.

zu dienen, obschon auch diese, was ihr Wesen und die Forderung ist, die der ihr verfallende Verbrecher als Vernunftwesen anerkennt, von hoher Wichtigkeit ist. Sie wird ihm Mittel der Sühne und Buße (Besserung in diesem Sinn), und wenn er sie wahrhaft erfaßt, Gegenstand seines Verlangens, wie er sie als sein Recht erkennt. Daß dieser Fall selten eintritt, und die Fichte-sche Abbüßungstheorie, deren sittliche Bedeutung nicht in Abrede zu stellen ist, in dieser Hinsicht auf einer nicht allgemein richtigen Voraussetzung beruht, thut der Wahrheit der Sache, wenn sie einmal sich kund giebt, keinen Eintrag.

Bevor wir nun weiter gehen, wird es nothwendig, der Strafe in der Bedeutung zu gedenken, wo sie als Wohlthat und Gutes erscheint. Die verschiedenen Ansichten, welche hier vorkommen, stehen mit den besonderen Strafrechtstheorien in Verbindung. Wenn man die Strafe als ein Uebel bezeichnet, welches durch ein anderes Uebel hervorgerufen werde (malum passionis ob malum actionis), oder vollends als ein Unrecht, durch welches im Sinn einer verwerflichen Vergeltung ein früheres Unrecht ausgeglichen werden solle, so kann begreiflich nicht von einem in ihr liegenden Guten die Rede seyn. Selbst ihr angeblicher Nutzen dürfte nicht dafür gelten; und da die Rechtmäßigkeit eines solchen Uebels und Unrechts nicht nachgewiesen werden kann, so müßte vielmehr gefordert werden, daß man, um nicht Unrecht und Uebel zu häufen, wenigstens das zweite unterlasse, da das erste nun einmal nicht ungeschehen gemacht werden kann. Allein jenes ist eine eben so oberflächliche und ungegründete Auffassung, wie die andere der eigentlich s. g. Nutzungstheorie, welche die Strafe als ein Uebel und Opfer ansieht, das zur Vermeidung eines noch größern Uebels, welches in der Ungestraftheit liegen würde,

gebracht, und wobei nur darauf gesehen werden müßte, daß der Aufwand, der solchergestalt von dem Gemeinwesen in dessen Interesse gemacht werde, so gering als möglich, und überhaupt niemals größer sey, als es durch die unvermeidliche Nothwendigkeit gefordert werde: eine Folgerung, die auf andere Weise und nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit bestimmt allerdings eine Seite der Wahrheit hat. Solche entgeht ihr aber, wenn man eine Berechnung von Nutzen und Schaden, Vortheil und Nachtheil da anstellt, wo vielmehr nur von Recht und Gerechtigkeit die Rede seyn kann. Hat man sich aber zu dem wahrhaften Standpunkte erhoben, so bedarf es fürs Erste keiner Erinnerung, daß die Handhabung der Gerechtigkeit, die Aufrechthaltung des Gesetzes und des allgemein vernünftigen Willens gegen Unrecht und widerstrebende Willkühr, daß die Rechtspflege, somit auch die Ausübung der Strafgerechtigkeit, in jedem besondern Falle nicht minder wie die allgemein bestehende objective Einrichtung, welche die Herrschaft des Gesetzes sichert und herstellt, etwas Gutes, Nothwendiges, und nicht vom Uebel sey. Man hat im Gegentheil den Zustand der Rechtsunsicherheit, der Herrschaft der Willkühr und Gewalt, des s. g. Faustrechts, wo die Rechtspflege sich noch nicht mit gehörigem Nachdruck zu behaupten vermochte, wo das Gesetz der erforderlichen Macht entbehrte, als einen beklagenswerthen erkannt, und die Geschichte zeigt das Bestreben, über denselben hinauszukommen.

Es wird ferner zugegeben, daß die Rechtspflege und somit auch die Strafe eine Wohlthat für diejenigen sey, in deren Interesse sie Statt findet, die dadurch in ihrem Rechte und dem ungestörten Besitz geschützt werden, deren Sicherung gegen frevelhafte Angriffe, wenn auch nicht Rechtsgrund der Strafe, doch eine stets zu berücksichtigende Wirkung und ein wichtiger Nebenzweck ist. Und

nicht minder ist dies der Fall nach der Seite der dem Verletzten zu Theil werdenden gebührenden Genugthuung, so wie die Anerkennung desselben als des Schutzes würdig, während dessen Verweigerung ihn in seinem persönlichen Recht, der Ehre, angreifen würde [10]). Allerdings wird diese Seite der Strafe weniger hervorgehoben, da sie in einem höhern Gesichtspunkte enthalten ist. Denn wie vortheilhaft auch das erscheinen möge, was die Strafrechtspflege Allen und den Einzelnen gewährt, wenn sie gegen die möglichen und wirklichen Urheber von Verbrechen gerüstet erscheint und sich in vorkommenden Fällen bethätigt, so ist dies doch nicht blos Wohlthat, sondern ein Recht, worauf sie Anspruch haben, und die Ausübung der Rechtspflege, obschon nothwendig ein Recht des Staats — doch nicht minder eine Pflicht, deren Erfüllung er sich nicht entziehen kann, und die nicht Gegenstand der Willkühr oder der Gnade ist. Es liegt außerhalb der Aufgabe, die ich mir hier gestellt habe, nachzuweisen, wie auf dem sittlichen Standpunkte des Staats, wo auch die Rechtspflege ihre wahre Bedeutung erhält, nicht nur jene Rechte und Pflichten zusammenfallen, sondern auch, was man als das Gute, Nützliche bezeichnet, nicht etwas danebenher in Betracht Kommendes, und bloße Folge, sondern mit jenem identisch sey, so daß das Recht zugleich das Gut ist, und nur dieses, so wie das umgekehrt gleichfalls Statt findet.

---

10) Meine Strafrechtstheorien S. 102. und die daselbst angef. Stelle von Gellius: „Altera (causa) est, quam ii, qui vocabula ista curiosius diviserunt τιμωρίαν appellant. Ea causa animadvertendi est, quum dignitas auctoritasque ejus, in quem est peccatum tuenda est, ne praetermissa animadversio contemtum ejus pariat et honorem levet: idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant."

Es bleibt noch übrig, die Seite zu betrachten, nach welcher die Strafe, auch für den, der sie erleidet, eine Wohlthat seyn soll und ist.

Sie ist es schon in sofern, als er durch deren Erstehung der Gerechtigkeit Genugthuung giebt, das von ihm verletzte Recht auch an ihm selbst wieder hergestellt sieht: sie ist es, in sofern er nach der Abbüßung, — auf welche er deshalb nach der Theorie von Fichte einen Anspruch hat, — wieder mit dem Rechte versöhnt, in die Rechtsgemeinschaft zurücktritt, die er durch die Uebelthat gebrochen hatte [11]): sie ist es, — was mit dem so eben Bemerkten zusammenhängt, — in sofern er durch die rechtliche und gesetzliche Behandlung, die ihn nicht anders als im Wege eines geordneten Verfahrens trifft, der Willkühr und subjectiven Gegenwirkung Anderer, des Verletzten oder der Angehörigen desselben, oder überhaupt solcher entzogen und gegen die Ausbrüche der individuellen oder der Volks-Rache gesichert wird, die ihn außerdem treffen könnten. Das ist jedoch nicht der wichtigste Gesichtspunkt: es kann dieses, theils als unmittelbar im Begriffe der Strafe enthalten, theils als eine mögliche Folge eintreten, welche nicht von einer tiefern Auffassung der Strafe abhängig ist. Wahrhaft eine Wohlthat ist aber die Strafe, indem sie auf den, der sie erleidet, die Wirkung der Besserung, eine Umwandlung seiner Gesinnung, eine Umkehr hervorbringt. Dies kann aber nur der Fall seyn, wenn der Schuldige selbst zur Einsicht in sein Unrecht und die Verwerflichkeit seines Handelns, zu dem Bewußtseyn gelangt, daß ihm Recht und sein Recht geschehe, daß er die Strafe verdient habe, und empfange was seine Tha-

11) Hier hat die Thätigkeit der Mitglieder von Besserungs-Vereinen ein wichtiges Gebiet, und eine Aufgabe, deren glückliche Lösung und Bedeutung nur mit den großen Schwierigkeiten verglichen werden könne, welche dabei zu überwinden sind.

ten werth seyen. Es ist dies der erste Schritt zur Besserung, — die Voraussetzung, ohne welche eine wahrhafte Reue und der Entschluß, zu einem rechtlichen Wandel zurückzukehren, durch gesetzmäßiges Verhalten das begangene Unrecht und Uebel möglichst wieder gut zu machen und auszugleichen, gar nicht Statt finden kann. So aber kann und wird die Strafe zur Wohlthat werden. Obgleich nun, damit sie dieses werde, ihr auch eine entsprechende Einrichtung gegeben werden muß, — über deren Nothwendigkeit man sich leichter verständigt, als über die Frage, worin diese Einrichtung bestehen, wie sie beschaffen seyn müsse, — so muß doch vor Allem die gehörige Gesinnung des Schuldigen derselben entgegenkommen, — er selbst muß die Strafe, wie schwer auch im Uebrigen ihm die Unterwerfung unter dieselbe und das Erleiden dessen, was nothwendig auch ein Uebel ist, fallen möge, sich zum Besten dienen lassen. Wenn wir das, was hier erstrebt wird, als das Pönitentiarsystem im wahren Sinn bezeichnen, dessen Bedeutung auf Grundlage der Gerechtigkeit ich vollkommen anerkenne, so können wir das Erforderniß, wie es sich nach der bisherigen Darstellung ergiebt, so bezeichnen, daß, damit die gerechte Strafe auch im besondern Falle für den Schuldigen sich als Wohlthat erweise, ein objectives und ein subjectives Moment zusammentreffen müssen. Jenes, in der auf die zu erreichende Besserung berechneten Einrichtung der Strafe und der, nach der Individualität des Verbrechers zu bestimmenden angemessenen Einwirkung auf ihn; dieses, in der Gesinnung, mit der er die Strafe als Handlung der Gerechtigkeit aufnimmt, die er folglich nicht blos als einen Akt der Gewalt und der Härte, sondern zugleich als eine Wirksamkeit auffaßt, welche von einer Anerkennung seiner Besserungsfähigkeit und Würdigkeit, seiner sittlichen und rein menschlichen Berechtigung

ausgeht, und demzufolge auch in der Person derer, die in dieser Weise auf ihn zu wirken suchen, eine Rücksicht des Wohlwollens nicht ausschließt.

Man sollte glauben, über Alles dieses könnte eine Verschiedenheit der Meinungen nicht Statt finden, wenigstens nicht unter denen, welche die Besserung entweder mit uns als einen pflichtmäßig zu berücksichtigenden Zweck bei der Anwendung der durch die Gerechtigkeit gebotenen Strafe betrachten, oder sogar jene als den Grund (das Princip) der Strafe aufstellen, überhaupt welche das Strafrecht zugleich nach seiner sittlichen Seite aufzufassen und in derselben ein ethisches Moment zu erkennen sich das Ansehen geben. So ist es aber leider nicht. Es dürfte dies als unbedeutend erscheinen, und die Hoffnung gehegt werden, daß die Wahrheit der Sache gegen theilweisen Widerspruch und Verkennen immer mehr sich geltend mache, vollends wenn die Gegner sich es so leicht machen, mit Verschmähung eines gründlichen Eingehens in die Natur des Verbrechens, des bösen Willens und der Quelle des Unrechts, so wie in die Natur, das Wesen und die Wirkung der Strafe — lediglich an die äußere Erscheinung mittelst einer oberflächlichen Betrachtung sich zu halten. Es gehört ein sehr geringer Grad von Witz dazu, um den Satz, daß die Strafe — besonders wenn man dafür sagt, das Straf**übel**, — eine Wohlthat und etwas Gutes für den Verbrecher sey, — lächerlich zu machen. Wie vieles Ernste und Würdige läßt sich nicht auf solche Weise behandeln oder vielmehr mißhandeln, wenn der bloße Verstand sich an die Stelle des vernünftigen Begreifens setzt, und wenn eine Gesinnung, für welche die Bezeichnung als **Humor** zu gut ist, vorwaltet, die eher alles Tiefere, Sittliche Preis giebt, als daß sie einen s. g. witzigen Einfall zu unterdrücken geneigt und im Stande wäre. Mit solchen Gegnern hat es die Wissen-

schaft nicht zu thun. Aber es ist zu bedauern, wenn auch Männer, denen es, wie ihre sonstigen Leistungen bekunden, um die gute Sache zu thun ist, die es mit der Wissenschaft und Wahrheit gewiß redlich meinen, in jenen Ton einzustimmen nicht unter ihrer Würde halten. Um solcher willen darf ich das gerügte Mißverständniß nicht ganz unbeachtet lassen; ja ich bin um so mehr verpflichtet, noch Einiges über den Gegenstand zu bemerken, als ich unter Andern wegen jener Auffassung der Strafe, als einer Wohlthat, neuerlich angegriffen worden bin, und ein Stillschweigen gerade bei der Gelegenheit, wo ich mich veranlaßt finde, über den Gegenstand zu sprechen, von Manchem für ein Zugeständniß gehalten werden könnte. Allerdings ist der mir entgegengestellte Satz umfassender und enthält mehrere, hier nicht zu verfolgende Unrichtigkeiten und Unbilligkeiten: ich will aber nur bei dem stehen bleiben, was für den Zweck der gegenwärtigen Untersuchung ein allgemeineres Interesse darbietet.

Herr Dr. Hepp spricht in seiner neuesten Schrift [12]), wo er die Bauer'sche s. g. Warnungstheorie prüft, zunächst davon, daß bei derselben im Sinne des relativen Strafsystems nicht alle Mittel erschöpft seyen, welche die Anwendung der Strafe entbehrlich machen. Dann fährt er fort: „Im Uebrigen ist der Gedanke, daß nur dann gestraft werden dürfe (das Strafrecht erst dann begründet sey), wenn sonstige mildere Mittel zur Erhaltung der Rechtsordnung nicht ausreichen, richtig durchgeführt, während die absoluten Theorien sich auf diesen Beweis nicht einlassen, ja ins Unbestimmte hinein strafen können, wenn es richtig ist, daß, wie Abegg im

12) Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme. Zweite Abtheilung. Erstes Heft. Heidelberg 1844. S. 417.

Sinne Hegel's sagt, die Strafe gar kein Uebel sey." [13])

Ich will das Einseitige, was in dieser Darstellung liegt, nicht weiter hervorheben; nicht davon sprechen, daß die s. g. absolute Theorie gar nicht nöthig habe, den vom Verfasser vermißten Beweis der Unzulänglichkeit geringerer Mittel zu liefern, da bei ihr, dem Princip nach, von etwas Höherm die Rede ist, als der Zweckmäßigkeit und dem Verhältniß von Mittel und Zweck; und daß der hier anerkannte Grundsatz der Gerechtigkeit, und der Forderung, jeden nach seiner Handlung zu beurtheilen, ihm nicht mehr, noch weniger zuzutheilen, als er verdient hat [14]), schon für sich die willkührliche und gedankenlose Einwendung widerlegt, daß jene Theorien ins Unbestimmte hinein strafen können. Solche grundlose Behauptungen sollten mindestens von den Kennern der verschiedenen aufgestellten Systeme vermieden werden, jedenfalls wenn sie einem bestimmten Schriftsteller entgegengestellt werden, dessen Werke und Ausführung zur Genüge das enthalten, was erfordert wird, um jenen Beschuldigungen von vorn herein zu begegnen und ihnen keinen Raum zu lassen. Nur von dem Hauptsatz will ich sprechen, da es nicht gleichgültig ist, wie man denselben faßt. Kein Unbefangener wird leugnen, daß ein wesentlicher Unterschied ist, ob Jemand sage: die Strafe sey gar kein Uebel, oder: sie, die für den Verbrecher zunächst und

13) Ein Nachweis, wo ich einen solchen Satz aufgestellt hätte, findet sich bei Hepp nicht. In der That wäre es ihm auch nicht möglich gewesen, dafür, daß ich gesagt hätte, die Strafe sey gar kein Uebel, irgend eine Stelle aus meinen Schriften anzuführen. Die flüchtigste Durchsicht mußte dem Verfasser zeigen, wie durchaus wahrheitswidrig seine Mittheilung sey. Dergleichen fällt aber heute zu Tage kaum mehr auf.

14) Meine Strafrechtstheorien S. 35 f. 55 f. — Mein Lehrbuch der Strafrechtswissensch. §. 114 f.

unmittelbar ein Uebel sey [15]), könne und solle für diesen auch eine Wohlthat seyn. Der erste Satz würde eine Unwahrheit enthalten und dem Begriffe der Strafen wie der Erfahrung widersprechen [16]), — ich habe ihn, so wie er von Herrn Dr. Hepp den s. g. absoluten Theorien untergelegt wird, bei Niemanden gefunden, auch nicht bei Hegel, wo er von der Strafe handelt. Die Criminalisten im Gegentheil haben, insbesondere wo sie ihre Theorie durchzuführen suchen, überall auf das Entschiedenste anerkannt, daß dem Verbrecher die Strafe als ein durch dasselbe hervorgerufenes Uebel und Leiden, als ein nothwendiger, den verbrecherischen Willen wieder unter das Gesetz, über welches er sich hinwegsetzte, beugender Zwang folgen müsse. Nicht darin besteht die Abweichung von andern, namentlich den s. g. relativen Theorien, ob die Strafe kein Uebel, oder ob sie ein solches sey, und seyn solle, sondern in der Begründung, indem sie dort als eine nothwendige Forderung der Gerechtigkeit, hier als Mittel zur Erreichung irgend eines andern Zweckes dargestellt wird, welches dann freilich, um gerechtfertigt zu seyn, den Beweis voraussetzt, daß der (übrigens selbst zu rechtfertigende) Zweck nicht durch andere gelindere Mittel erreicht werden könne.

Der andere Satz, in der angegebenen Fassung dagegen, wonach die Strafe die doppelte Seite, des Uebels und des Guten hat, bedarf kaum der Vertheidigung. In der That ist er gar nicht angegriffen worden. Denn jener Angriff ist gegen eine, nirgends aufgestellte, fingirte Be-

---

15) Mein Lehrbuch a. a. O. von der Auffassung im canon. Rechte. Strafrechtstheorien S. 105 f.; meine Betrachtung in den Krit. Jahrb. für R. W. 1843. S. 396 f.

16) Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissensch. Erste Abhandlung.

hauptung gerichtet. Wenn ich ihn mit mehr Nachdruck, als es sonst geschieht, ausgesprochen habe, so beruht dies, wofür ich keinem Vorgänger die Verantwortung aufbürden will, auf einer theils speculativen Auffassung des Begriffs, theils auf einer Beobachtung, zu welcher unter andern die lebhafte Theilnahme an den Arbeiten unseres Vereins für Besserung der Strafgefangenen die Gelegenheit bietet. Der Gedanke, welcher jenem von Hepp entstellten Satz zu Grunde liegt, der die wahrhafte psychologische und pädagogische, mit der Gerechtigkeit nicht in Widerspruch stehende Seite unseres Gegenstandes ausdrückt, findet sich in einer Quelle ausgesprochen, die man mit jenen Witzeleien wohl verschonen wird.

Epistel an die Ebräer Cap. XII. V. 11.: „Alle Züchtigung aber, wenn sie da ist, dünket sie uns nicht Freude, sondern Traurigkeit zu seyn: aber darnach wird sie geben eine friedsame Frucht der Gerechtigkeit denen, die dadurch geübt sind." [17])

Es steht nicht entgegen, daß dieses hier in einer allgemeinern Bedeutung gesagt ist, wonach jede Heimsuchung mit Leiden und Prüfungen, nicht blos die Strafe wegen eines Unrechts und jede Strafe im weitern Sinn, nicht blos die s. g. bürgerliche wegen des verbrecherischen Unrechts — solche gute Wirkung haben kann und von dem Betroffenen in entsprechender Gesinnung aufgenommen werden soll. Die Anwendung auf die Strafe wird dadurch nicht ausgeschlossen. Eben so wenig steht entgegen, daß in der Wissenschaft und für die Anwendung Strafe und Züchtigung verschiedene Begriffe sind. Letztere und die auf sie bezogene Einrichtung kann für sich weder an die Stelle der erstern und der Gerechtigkeit treten, noch als

---

17) Vgl. überhaupt das ganze zwölfte Capitel, und Sprüche Salomonis III. V. 11.

das überwiegende und den Maaßstab darbietende Moment für die Ahndung der Schuld gelten. Aber wohl muß sich, wo es die besondere Art der Strafe zuläßt, — wie es vornehmlich bei der Freiheitsstrafe der Fall ist, — die Seite, wonach jene als Züchtigung und Mittel der Besserung erscheint, geltend machen. Die Wissenschaft hat dieses zu erkennen und zu begründen, die Anwendung, unterstützt durch Erfahrung und richtige Politik, es ins Werk zu setzen.

Dies ist, was ich als Aufgabe des Pönitentiar- oder Buß-Systems auf Grundlage der Gerechtigkeit betrachte. Wenn jenes System in einer noch engeren Bedeutung vorkommt, wo die Art der Behandlung der Gefangenen, deren Isolirung — gänzlich oder zeitweise — und in Verbindung hiemit eine eigenthümliche Bauart der Gefängnisse ꝛc. gemeint ist, so muß dieses, über dessen Zweckmäßigkeit noch Streit und durch die Erfahrung noch nicht vollständig entschieden ist, als eine Folge jener Auffassung des Gegenstandes, es darf nicht als das wesentliche und ausschließende Princip betrachtet werden. Die Verwechslung des einen mit dem andern hat die Mißverständnisse und Streitfragen [18]) veranlaßt, denen die gegenwärtige Abhandlung zu begegnen sucht.

Meine Ergebnisse, so wie die Art und Weise ihrer Begründung, haben auch sonst die Beistimmung gerade solcher Mitarbeiter im Gebiete der Wissenschaft erlangt, welche sich angelegen seyn lassen, den Inhalt in der für ihn nicht gleichgültigen Form des Denkens, der Bewegung des Begriffs zu erfassen. Ich nenne hier Köst-

18) Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen 1845. S. 626 f.; vgl. auch J. A. Wirth System der speculativen Ethik. Bd. II. Heilbronn 1842. S. 320. „Nur äußerlich betrachtet, erscheint sie (die Strafe) als ein Uebel."

lin[19]), welcher bei Anerkennung der Nothwendigkeit und tiefern Bedeutung der Besserung — und zwar ebenfalls eines innerlichen, durch freie Selbstbestimmung des Schuldigen vermittelten Prozesses — doch theils die gewöhnliche Besserungstheorie als dem Rechte und der Freiheit widersprechend und selbst unausführbar bezeichnet, theils wo sie und wie weit sie sich als Moment relativ wohlberechtigt in dem Begriffe der Strafe und — was die Voraussetzung ist — der Würdigung der verbrecherischen Schuld wirksam erzeigt, ihr die gebührende Stelle zugesteht, und sonach die Strafe selbst auch als ein Gut für den Verbrecher betrachtet, was sie als Wiederaufhebung des Verbrechens überhaupt ist: für den Schuldigen aber insbesondere, indem sie zur Wiederaufhebung des Unrechts in seiner Subjectivität, und durch dieselbe — durch den Prozeß seines Wissens und Willens wird. Diese Auffassung, die Anerkennung der dialektischen Seite des Begriffes, die Bedeutung der verschiedenen Momente desselben, welche im Princip gegründet, aber nicht selbst das Princip sind, habe ich unter andern in der angeführten Schrift: über die verschiedenen Strafrechtstheorien, weiter vorgetragen, auf welche Köstlin auch hier sich bezieht. Es ist ganz in meinem Sinn, wenn er schließlich bemerkt: „Auch hier ist es also der Fall, daß ein Gedanke, der als Moment sehr wohl an seinem Platze und insbesondere geschichtlich seiner Zeit in höchster Bedeutsamkeit hervorgetreten ist, nur dadurch unwahr wird, daß man ihn zum Ganzen der Sache aufspreizen will, ein Fehler, gegen welchen es eben keine andere Garantie giebt, als die wis-

19) Vgl. den lehrreichen Aufsatz von Varrentrapp: „Vorbereitungen zur Gefängnißreform in Frankreich", in den Jahrbüchern für Gefängnißkunde. Bd. V. S. 153 ff.

senschaftliche Methode, welche der immnanenten Entwickelung des Begriffes folgt." [20])

Bei solcher Uebereinstimmung in Form und Inhalt, und bei der theils ausdrücklich durch Berufung auf meine Arbeiten, theils durch einfache Aneignung derselben kund gegebenen Anerkennung, habe ich nicht nöthig, hier auf einige ungegründete Einwendungen einzugehen, die der Verfasser vorbringt, da der ganze Zusammenhang meiner Darstellungen diese ausschließt, ja des Verfassers eigene Ausführung ihn hätte abhalten sollen, sie, so wie geschehen, vorzutragen. Denn was er entgegnet, ist gerade ein Zugeständniß meines Princips, welches er in der mitgetheilten Schlußstelle so treffend wiedergegeben hat.

Wenn nun das für die Bewirkung der wahren Besserung bestimmte Verfahren, welches bei Gelegenheit der Vollziehung der Straf-Erkenntnisse Statt findet, und auch auf die Bestrafung nach den neueren Gesetzgebungen Einfluß hat, seine Grenze nothwendig an der Gerechtigkeit und den durch diese gebotenen Bestimmungen findet, so daß dieses heilsame Bestreben nicht selbst meine Strafrechtstheorie ist, und nicht eine solche begründen kann, so wird es in einer andern Richtung über jene Grenzen hinausgehen. Nicht blos der Sträfling, sondern auch der entlassene Strafgefangene wird Gegenstand der theilnehmenden und pflichtmäßigen Sorge seyn, welche vorzugsweise von freiwilligen Vereinen auf geeignete Weise angewendet werden soll. Zwar können der Staat und das Gemeinwesen nicht in der Erwartung, daß solche Abhülfe sich bethätige, sich der ihnen obliegenden Pflichten für entledigt halten; aber eben so wenig darf die sittliche Pflicht von den hierzu berufenen

---

20) A. a. O. S. 638.

Einzelnen aus dem Grunde vernachlässigt werden, weil es Sache des Staats rc. sey, sich jener Sorge zu unterziehen, und die dadurch bedingten Anstalten zu treffen. Vielmehr müssen beide einander begegnen und unterstützen, und dies wird jetzt wohl allgemein anerkannt, wo man angefangen hat, dem wichtigen Gegenstande, mit dem wir uns hier beschäftigt haben, die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen. Die freien Vereine, ausgehend von der Liebe und wahren Humanität, von dem Bewußtseyn, daß der, welcher dem Gesetz und der nothwendigen Gewalt des Rechts verfallen ist, in der er dem Zwang unterliegt, auch Ansprüche an das Gemeinwesen und dessen Glieder habe, sollen sich in einer mehr concreten Weise, als es ohne sie nach abstract allgemeinen Staatsvorschriften zu geschehen vermöchte, der Pflichten entledigen, welche sie gegen den gefallenen, aber eben darum nicht Preis zu gebenden, sondern aufzurichtenden Mitbruder haben. Als Vereine vermitteln sie die Thätigkeit des Einzelnen, die sonst minder wirksam, ja oft gar nicht mit Erfolg möglich seyn würde, und die öffentliche, welche zu leicht in eine Form des Geschäftsganges übergeht, die am wenigsten da passend ist, wo die Individualität und das besondere Bedürfniß rc. zu berücksichtigen sind. Ihr organisches Wirken verbindet die Vortheile des gesellschaftlichen Handelns nach bewährten Grundsätzen mit denen der freien Thätigkeit, welche der Einzelne in seiner Sphäre, nach Fähigkeit und Neigung, der guten Sache widmet, indem zugleich jener Organismus die Nachtheile entfernt hält, welche sonst die vereinzelte Thätigkeit mit sich führen könnte, die nach mehr als einer Seite eine zufällige seyn würde.

Daß die sittlichen Vortheile solcher Vereine, die das Bewußtseyn des Einzelnen und das der allgemeinen Nothwendigkeit und Pflicht verbinden, sich nicht blos auf die zu bessernden Sträflinge und die Entlassenen beschränken,

daß sie sich auch auf die Theilnehmer selbst erstrecken, möge jetzt nur im Vorübergehen bemerkt werden. Eben so daß diese und andere Vereine für sittliche Zwecke und für bestimmte durch unsere Zeitverhältnisse bedingte Pflichterfüllungen unter einander in einem nothwendigen Zusammenhange stehen. Unter mehreren will ich nur die erwähnen, die sich auf verwahrlosete Kinder, jugendliche Uebertreter, und auf den Ersatz einer mangelhaften Sorge für solche beziehen, die sonst fast unvermeidlich einst der Verführung unterliegen.

Es verdient dieses, so wie manches Andere, wie ich in der gegenwärtigen Betrachtung nur angedeutet habe, einer nähern Erörterung unterworfen zu werden. Zu einer solchen möchte ich hiedurch diejenigen unserer Mitarbeiter auffordern, welche durch ihre Stellung vorzugsweise den Beruf dazu, und die Gelegenheit zu Erfahrungen haben. Ich selbst hoffe auf den Gegenstand zurückzukommen, und einige Beiträge zu bestimmterer Begründung der Lehre zu liefern, die dem Gebiet der Rechtswissenschaft wenigstens nicht fremd sind, wenn sie gleich noch von andern Standpunkten aus behandelt werden müssen. Es giebt ein höheres Princip und eine Auffassung desselben, welche die scheinbar getrennten und heterogenen Forderungen vereinigt, und dies hat sich dann auch für die Anwendung zu bewähren, deren verschiedene Zweige gleichfalls einem Ganzen angehören.

X.

Bruchstücke aus „Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten" *).

Von

H. A. Zachariä.

I. Ist es zweckmäßig, Strafgesetzbücher ohne Strafproceßordnung zu erlassen?

Wirft man einen Blick auf die Geschichte der Criminal-Gesetzgebung älterer und neuerer Zeiten, so haben schon die Römer, die wir freilich, was die Grundsätze über Bestrafung der Verbrechen betrifft, nicht immer als Muster betrachten dürfen, in den einzelnen Leges publicorum judiciorum (ein allen Verbrechen gemeinschaftliches Verfahren oder eine allgemeine Strafproceßordnung gab es bekanntlich, wenigstens während der Republik und in der ersten Kaiserzeit, nicht) immer zugleich das bei dem fraglichen Verbrechen zu beobachtende Verfahren be-

*) Diese Bemerkungen über den bekannten Entwurf sind im Winter 1843—1844 niedergeschrieben worden. Es folgen hier nur einige Ausführungen von allgemeinerm Interesse. Die Bemerkungen selbst schreiten, nach einigen allgemeinen Bemerkungen, von Titel zu Titel und resp. von Paragraph zu Paragraph fort.

stimmt [1]). Eben so stehen im canonischen Rechte die Bestimmungen über Verbrechen und Strafen in inniger Verbindung mit den Grundsätzen des canonischen Strafverfahrens, sowie auch die peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, welche wie schon der Titel besagt im Wesentlichen Proceßordnung ist, die formellen und materiellen strafrechtlichen Bestimmungen mit einander verbunden hat, so daß man damals wenigstens von der gewiß richtigen Ansicht ausgegangen zu seyn scheint, daß die, eben so wie heutiges Tages, laut verlangte Reformation in criminalibus sowohl das Strafrecht als das Strafverfahren gleichzeitig umfassen müsse. Dieser Ansicht sind die auf der Grundlage der P. G. O. beruhenden spätern Landesordnungen des 16ten und 17ten Jahrhunderts durchgängig treu geblieben, und auch bei den legislatorischen Versuchen, welche besonders in Oesterreich und Baiern im vorigen Jahrhundert gemacht worden sind, hat die Gesetzgebung das Criminalrecht und den Criminalproceß als zwei wesentlich mit einander verbundene Stücke betrachtet. Endlich enthält auch noch das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 und das baierische von 1813 bekannter Maßen sowohl das Strafrecht als das Strafverfahren. Erst die neueste Zeit ist von dieser so lange und gewiß nicht ohne Grund befolgten Regel abgegangen und hat, das eine von dem andern losreißend, Strafgesetzbücher ohne Strafproceßordnungen ans Licht treten lassen, so daß auch da, wo vielleicht Entwürfe für das Strafverfahren bekannt geworden sind, doch, mit Ausnahme von Würtemberg, die strafrechtliche Gesetzgebung noch einseitig und unvollkommen ist [2]).

1) Geib, Gesch. des röm. Criminalprocesses S. 172.

2) Man kann es daher nur lobend anerkennen, daß das neueste Product im Gebiete der Strafgesetzversuche, nämlich der vor kurzem auch in deutscher Uebersetzung erschienene ungarische Entwurf diese Einseitigkeit zu vermeiden sucht.

Ohne die, freilich nicht schwer aufzufindenden, Gründe für diese auffallende Erscheinung zu erörtern, mag es genügen, auf die hauptsächlichsten Nachtheile und Unzuträglichkeiten einer solchen Scheidung wesentlich zusammengehöriger Dinge im Gebiete der Gesetzgebung aufmerksam zu machen, und zwar mit besonderer Bezugnahme auf den vorliegenden Entwurf.

Die Mängel in der Strafrechtspflege werden stets drückender und fühlbarer seyn, wenn sie in den Fehlern und Unvollkommenheiten des Verfahrens, als der Strafgesetze im engern Sinne ihren Grund haben. Dafür spricht die Erfahrung aller Zeiten. Es ist deshalb mit Grund zu behaupten, daß unter Voraussetzung eines guten, den Forderungen der Gerechtigkeit, der moralischen und politischen Bildungsstufe des Volks entsprechenden Strafverfahrens eine Aenderung der eigentlichen Strafgesetze viel weniger Bedürfniß sey, als umgekehrt eine gute Criminal-Gesetzgebung ohne Reform des Strafverfahrens bestehen und der wohlmeinenden Absicht des Gesetzgebers gemäß wirken kann. Hieraus läßt sich aber die Folgerung ableiten, daß, wenn es darauf ankommt, mit dem Einen den Anfang zu machen, nothwendig das Strafverfahren zuerst an die Reihe kommen müsse, wie dies z. B. bei der Napoleonischen Gesetzgebung der Fall war. Die Nothwendigkeit hiervon ergiebt sich schon im Allgemeinen daraus, daß ja die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen durch die Gerichtsorganisation und das ganze Proceßverfahren bedingt ist. Sie tritt aber auch besonders da hervor, wo die Gesetzgebung eine auf die Verschiedenheit der innern Natur der verbrecherischen Handlungen und die Größe und Beschaffenheit der bürgerlichen Strafe gegründete Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen oder wenigstens zwischen Verbrechen und den Polizei-Contraventionen anerkennen will,

die ja, ohne Bestellung besonderer Gerichte für die verschiedenen Klassen der strafbaren Handlungen und eines der verschiedenen Schwere derselben entsprechenden solennern oder summarischern Verfahrens, wenig oder gar keine Realität haben wird. Freilich hat man die Nothwendigkeit einer solchen gleichzeitigen oder vorausgehenden Bestimmung bei dem vorliegenden Entwurfe nicht übersehen, wie das anhangsweise beigefügte Project eines Gesetzes über die Competenz der Gerichte zur Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen und Vergehen in dem Bezirke des Appellationshofes zu Cöln zeigt. Allein eben so klar tritt hervor, daß dies nur eine unnatürliche, den Bestimmungen des Entwurfes des Strafgesetzbuches gar nicht entsprechende Vertheilung der Competenz ist und deshalb nur provisorischer Natur seyn kann, da ja letztere die wesentliche Basis des Systems der französischen und resp. rheinischen Strafgesetzgebung, nämlich die Unterscheidung zwischen crimes und délits und die correspondirende absolute Scheidung zwischen peines afflictives ou infamantes und peines correctionelles aufgegeben und dadurch den eigentlichen Nerv für die rheinische Gerichtsverfassung durchschnitten hat. Dessen ungeachtet bleibt aber dabei die so wünschenswerthe Einheit der Strafgesetzgebung für sämmtliche Provinzen des Reichs in der wesentlichsten Beziehung suspendirt.

Ferner ist gar nicht zu verkennen, daß es auf die Bestimmungen einer Criminal-Gesetzgebung von dem wesentlichsten Einfluß seyn muß, je nachdem der Gesetzgeber von der einen oder andern Voraussetzung hinsichtlich der Personen, von welchen die Anwendung der Strafgesetze geschehen soll, und hinsichtlich der Grundform des Verfahrens ausgegangen ist, und daß also auch der Gesetzgeber mit sich selbst hierüber im Klaren seyn muß, bevor er zur Abfassung der Strafgesetze im engern

Sinne schreitet. Denkt man sich z. B. den Fall, daß das in den Rheinprovinzen einheimische und dort, wie es scheint, sehr lieb gewonnene, in der That aber mehr den Principien der Volkssouveränetät als einer, wenn auch beschränkten, Einherrschaft entsprechende Institut der Geschwornen-Gerichte demnächst auch in den übrigen Provinzen des preußischen Staats eingeführt werden sollte, so würde man nur auf die Wirksamkeit derjenigen Strafgesetze rechnen dürfen, welche der Meinung des Volks ganz entsprechen. Denn die Erfahrung hat zur Genüge gelehrt, daß die Geschwornen lieber das Nichtschuldig aussprechen, als ein ihrer Meinung nach ungerechtes oder zu hartes Strafgesetz zur Anwendung kommen lassen. Oder man müßte, was durch §. 4. des Entwurfes eines Gesetzes über die Competenz der Gerichte u. s. w. und die noch bestehenden gesetzlichen Beschränkungen vorbereitet zu seyn scheint, aber auch Manches gegen sich hat, da, wo in jener Hinsicht dem Geschwornen-Gericht weniger Zutrauen zu schenken seyn dürfte, die Competenz auf rechtsgelehrte Richtercollegien übertragen, die das Volk dann gern nur als exceptionelle Gerichtshöfe betrachten wird.

Was ferner die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens betrifft, wovon besonders die letztere als unumgänglich nothwendige Voraussetzung für eine gerechte Urtheilsfällung betrachtet werden muß, so ist ganz offenbar, daß viele Bestimmungen des Entwurfs nur dann in ihrer wahren Bedeutung werden zur Anwendung kommen können, wenn bei der Erhebung desselben zum Gesetz zugleich das Strafverfahren eine auf das Princip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit basirte Reform erfährt. Denn dasjenige, was insbesondere als Lichtseite des Entwurfs hervorgehoben werden muß, daß er so Vieles (im Vergleich mit andern neuern Gesetzgebungen) in das Arbitrium des Richters verstellt, kann in der Anwendung

mit den erheblichsten Nachtheilen verbunden seyn, und zur Schattenseite werden, wenn nicht zugleich durch die Einrichtung des Verfahrens die die Ausführung bedingenden Mittel geschafft werden, damit das erkennende Richtercollegium unmittelbare Anschauung von denjenigen Thatsachen erhalte, auf welche es nach der Absicht des Entwurfs sein Urtheil gründen soll. So wird z. B. die Wahl zwischen entehrenden und nicht entehrenden Strafen, also das Urtheil über die Ausübung der wichtigsten bürgerlichen Rechte (§. 33 f. des Entw.), sehr häufig in das Ermessen des Richters verstellt, und der §. 110. des Entwurfs giebt noch die specielle Anweisung, daß, wenn das Gesetz zwischen Zuchthausstrafe und Strafarbeit die Wahl lasse, die erstere eintrete, sobald der Verbrecher durch die That eine völlige Verläugnung des Ehrgefühls oder einen hohen Grad von Bosheit zu erkennen gegeben habe, was gewiß an sich nur Billigung verdient. Es sollen ferner nach §. 17. die persönlichen und bürgerlichen Verhältnisse des Verbrechers (wobei wohl kaum blos an Standesunterschiede gedacht werden darf) darüber entscheiden, ob anstatt der Strafarbeit auf Festungsstrafe und anstatt der Gefängnißstrafe auf Festungshaft zu erkennen sey; und in ähnlicher Weise bestimmt der §. 21, daß der Richter nach den besondern Umständen des Falles und den persönlichen Verhältnissen des Verbrechers zu ermessen habe, ob die bei dem einzelnen Verbrechen als Strafe ausdrücklich zugelassene körperliche Züchtigung zur Anwendung zu bringen sey oder nicht. (Vgl. auch §. 10. über die Zuerkennung geschärfter Todesstrafe.) Alle diese und andere Umstände aber, so wie die meisten derjenigen, nach welchen sich (§. 107. des Entwurfes) die Strafbarkeit des Verbrechens erhöhet oder vermindert, sind bei der gegenwärtigen Gestaltung des gemeinrechtlichen und preußischen Strafprocesses für den erkennenden Richter, welcher den Angeschuldigten, die Zeugen und andere in Betracht

kommende Personen nicht selbst sieht und hört, keine unmittelbare Anschauung von den relevanten Localitäten u. s. w. erhält, und von allen darauf Bezug habenden Thatsachen erst, so zu sagen, durch die dritte Hand eine Mittheilung erhält — wobei, auch abgesehen von aller böswilligen Entstellung von Seiten des Instruenten, Protokollführers und Referenten, leicht etwas irrthümlich aufgefaßt, falsch ausgedrückt oder ganz übersehen seyn kann, — nicht als Gegenstände einer sichern und dem Grundprincipe des Strafprocesses entsprechenden Erkenntniß zu betrachten. Sobald man dies aber nicht in Abrede stellen kann, wird man auch zugeben müssen, daß ein Gesetz, welches dem Richter Aufgaben stellt, ohne ihm die dazu absolut nothwendigen Mittel der Erkenntniß zu gewähren, sich im Widerspruch mit sich selbst befinde und sich der Gefahr aussetze, in vielen Fällen gar nicht in der beabsichtigten Weise zur Anwendung zu kommen, indem z. B. gewissenhafte Richter sich nur schwer dazu entschließen dürften, auf körperliche Züchtigung zu erkennen, sobald sie nicht durch unmittelbare Kenntniß der Persönlichkeit des Angeschuldigten die gesetzlich nothwendige Ueberzeugung gewonnen haben, daß für dieses Individuum jene Strafart ein angemessenes und zweckmäßiges Strafübel sey.

Doch mag dies genügen, um auf die Unzweckmäßigkeit einer einseitigen oder abgesonderten Gesetzgebung über Verbrechen ohne gleichzeitige Reform des Strafverfahrens hinzuweisen, obwohl der Gegenstand noch einer weitern Ausführung fähig wäre.

II. Ueber Todesstrafe.

Zwar muß man es rühmend anerkennen, daß der Entwurf, im Vergleich mit andern neuern Gesetzgebungen, besonders auch mit dem Code pénal, einen mäßigen Ge-

brauch von der Todesstrafe macht. Allein nichts desto weniger durfte er doch noch zu häufig die Todesstrafe verhängen. Gewiß läßt sich die Todesstrafe nur da noch halten, wo sie auch in der Meinung des Volks nichts als gerechte Vergeltung der begangenen Missethat ist, und das dürfte fast einzig und allein beim Verbrechen des Mordes mit Einschluß des Attentats gegen das Leben des Königs der Fall seyn. Wo sie dagegen, wie das insbesondere bei den s. g. politischen Verbrechen der Fall ist, nur der Abschreckung halber beibehalten wird, da ist sie verwerflich. Denn sie ist ungerecht, weil es der Gerechtigkeit nicht entspricht, den Menschen zu vernichten, welcher blos die Pflichten des Bürgers wenn auch freventlich verletzt hat; sie ist unnöthig, weil ein starker und kräftiger Staat, wie z. B. der preußische, ihrer zu seiner Selbsterhaltung nicht bedarf, und sie ist unzweckmäßig, weil sie kein geeignetes Mittel ist, den beabsichtigten Zweck zu erreichen und, wenn sie, wie vorauszusehen ist, in den im Gesetze bestimmten Fällen nicht zur Anwendung kommt, nicht einmal als Schreckbild wirken wird. Man blicke doch hin auf die Erfahrungen vieler Jahrhunderte und beachte die Resultate der politischen Processe der neuern Zeit. Zu allen Zeiten sind die blos wegen politischer Verbrechen Verurtheilten und Hingerichteten als Märtyrer, als Opfer der Gewalt und nicht der Gerechtigkeit betrachtet worden, und wenn es auch öfters gelungen ist, die bedrohte Herrschaft oder Verfassung durch das Schaffot zu stützen, so ist doch noch kein Staat dadurch auf die Dauer erhalten worden. — Hat man wohl in neuerer Zeit, besonders in Deutschland, das oft genug erkannte Todesurtheil gegen einen politischen Verbrecher vollstreckt? Und welches ist der Grund, daß es nicht geschah, und daß die, wenigstens die Todesstrafe beseitigende, Begnadigung als eben so natürlich und gewisser-

maßen sich von selbst verstehend betrachtet worden ist, als die Vollstreckung jener Erkenntnisse allgemeine Entrüstung hervorgerufen haben würde!? Worin liegt aber der Grund für die allgemein eingetretene Begnadigung? Daß das politische Verbrechen an sich entschuldbarer wäre, als andere gemeine Verbrechen, läßt sich gewiß nicht behaupten. Der Frevel derjenigen, welche wider die bestehende Staatsordnung conspiriren, oder auf gewaltsamem Wege verfahren, ist ohne Zweifel groß genug und verdient an sich keine Gnade. Auch wird die Gnade zum Unrecht, wo sie blos eine Gunst für den Verbrecher ist und nicht wegen eines höhern Interesses dem nach dem Gesetze Verurtheilten zu Theil wird! Jener Grund kann daher in nichts anderem als in der sich unwillkührlich aufdrängenden Ueberzeugung gefunden werden, daß die Todesstrafe für politische Verbrechen den Forderungen der allgemeinen Gerechtigkeit widerspreche, und daß ihre Vollstreckung im Volke nur einen nachtheiligen Eindruck hervorbringen werde. Nun muß man zwar hoffen, daß die verbrecherischen Thorheiten vergangener Jahre keine Nachahmer finden; allein der Entwurf wird es mit seinen Strafdrohungen nicht hindern, und es würden, ähnliche Vergehen wie die abgeurtheilten vorausgesetzt, nach ihm sogar noch mehr Todesurtheile erfolgen müssen, als es wenigstens nach dem anwendbaren gemeinen Rechte der Fall seyn könnte. Schon jetzt läßt sich mit Gewißheit voraussehen, daß auch dann die Todesstrafe nicht werde vollstreckt werden! Wozu will man also eine hier moralisch unmögliche Strafe in das Gesetz aufnehmen und dasselbe dem Vorwurf aussetzen, daß es nur eine leere Drohung enthalte? Viel wirksamer würde eine der Schwere der politischen Verbrechen entsprechende Freiheitsstrafe seyn, auf deren Vollstreckung jeder mit Sicherheit rechnen müßte.

Es war bisher von solchen Fällen die Rede, wo der Richter auf Todesstrafe erkennen soll. Außerdem kennt der Entwurf aber auch Fälle, wo der Richter diese Strafe erkennen kann, wie z. B. nach §. 385. So sehr nun auch der Entwurf deshalb Lob verdient, daß er das richterliche Ermessen erweitert hat, so dürfte doch die Todesstrafe ihrer besondern Natur zufolge nie blos in das Arbitrium judicis gestellt werden dürfen, sondern hier muß der Gesetzgeber bestimmt die Fälle bezeichnen, in denen sie eintreten soll, so daß dem Richter nur die Möglichkeit bleibt, wegen Daseyns rechtlicher Milderungsgründe davon abzugehen und nach seinem Ermessen auch ein milderes Urtheil zu fällen. Der Ausdruck „bei besonders erschwerenden Umständen" ist an sich höchst unbestimmt, und man kann wohl mit Grund sagen, daß, wenn der Gesetzgeber sich nicht getraut, gewisse Fälle bestimmt zu bezeichnen, in welchen die Todesstrafe verwirkt seyn soll, er lieber ganz davon abstehen muß, als daß er den Versuch machen dürfte, die Verantwortlichkeit für den einzelnen Fall auf die Schultern des Richters zu wälzen, der sie jedenfalls höchst ungern übernehmen und daher vielleicht nie von der gesetzlichen Vollmacht Gebrauch machen wird. — —

Was dann die Vollstreckung der Todesstrafe betrifft, so ist die Wahl der Enthauptung und die öffentliche Vollziehung gewiß zu billigen, und man könnte nur fragen, weshalb gerade hier (§. 9.) die Bekanntmachung durch das Amtsblatt vorgeschrieben ist, welche bei andern nicht öffentlich vollziehbaren Strafen viel nothwendiger seyn dürfte. Auch wäre zu wünschen, daß schon im Strafgesetzbuch eine Bestimmung über das Hinrichtungswerkzeug getroffen und dabei die in den Rheinprovinzen doch schon anzuwendende Guillotine allgemein an die Stelle des viel unsicherern und noch mehr an eine Schlächterei erinnernden Bei-

les gesetzt würde, indem die gegen die Guillotine erhobenen Einwendungen gewiß nur auf einem des Gesetzgebers nicht würdigen Vorurtheile beruhen und die durch jenes (in unvollkommenerer Gestaltung schon in alter Zeit als Fallbeil auch in Deutschland bekannte) Instrument zu erzielende Sicherheit, Leichtigkeit und Schnelligkeit der Todesart nicht überwiegen können.

Außer der einfachen Todesstrafe kennt der Entwurf auch eine geschärfte, welche in dem, der Enthauptung vorausgehenden, Schleifen zur Richtstätte bestehen soll. Zuvörderst würde hier eine nähere Bestimmung darüber erforderlich seyn, wie das Schleifen zur Richtstätte geschehen soll, was doch nicht in die Willkühr der Vollziehungsbeamten gestellt seyn kann, ob auf einer Kuhhaut, welche auch das Hannoversche Gesetzbuch adoptirt hat, oder auf welch' andere Weise. Was aber die Beibehaltung einer geschärften Todesstrafe an sich betrifft, so beruht sie ohne Zweifel auf der ganz natürlichen Erwägung, daß der Gesetzgeber auch bei den todeswürdigen Verbrechen noch eine Gradation in das Strafensystem bringen müsse, und daß es nothwendig sey, dem Abscheu vor gewissen qualificirten Missethaten auch einen äußern Ausdruck zu geben. Aber dennoch würde es beklagt werden müssen, wenn der Entwurf in dieser Hinsicht zum Gesetz erhoben werden sollte. Jede Schärfung der Todesstrafe ist verwerflich, sie mag eine s. g. innere oder äußere Schärfung seyn, den Tod selbst in eine qualvollere Länge ziehen oder nicht, und der Hinrichtung vorausgehen oder nachfolgen, weil sie in allen Fällen mehr ein Product der Rache, als der Gerechtigkeit ist. Der Tod ist und bleibt die höchste Strafe, und Alles was darüber hinausgeht, ist vom Uebel, wirkt stets verkehrt

oder schädlich und entspricht fast nie dem zu Grunde liegenden Zwecke. Den Abscheu vor dem Verbrechen kann das Gesetz nicht erzwingen, die Volksmeinung läßt sich in dieser Hinsicht nicht beherrschen, und es ist zu fürchten, daß selbst da, wo er den Verbrecher auf das Schaffot begleiten würde, der Eindruck durch ein, die Gefühle vieler Menschen widerlich afficirendes, Schauspiel werde gestört werden. Auch die geschärften Todesstrafen haben ihre Zeit gehabt, diese ist aber unwiederbringlich dahin! Die überwiegende Meinung des Volks hat sie verworfen, und einer solchen sich anzuschließen ist Pflicht und Recht des Gesetzgebers. Kein Verständiger wird ihm deshalb einen Vorwurf machen. Dies hat auch die Mehrzahl der neuesten deutschen Gesetzgebungen erkannt, und man findet daher in keiner derselben (mit Ausnahme des hannoverschen Criminal-Gesetzbuchs, was in dieser Hinsicht gewiß keine Nachahmung verdient) eine Schärfung der Todesstrafe beibehalten, so wenig wie in andern, noch nicht zum Gesetz erhobenen, Entwürfen der neuern Zeit. Und man glaube nicht, daß das Schleifen zur Richtstätte *blos* eine symbolische Schärfung sey. Die letzten Augenblicke eines jeden Verbrechers, in welchem noch nicht alles menschliche Gefühl abgestorben ist (und wo ließe sich das mit Sicherheit annehmen?), werden dabei durch eine geistige Marter in qualvolle Länge gezogen und zugleich dessen Angehörige auf die empfindlichste Weise getroffen. Zugleich erwäge man, auf welchem Gedanken jene symbolische Schärfung beruht! Doch wohl auf keinem andern, als daß der Verbrecher symbolisch dem gefallenen *Thiere* gleichgestellt, oder wie ein solches behandelt werden soll! Soll und darf ein weiser Gesetzgeber hierzu seine Zuflucht nehmen? Dazu kommt aber noch ein wichtiges religiöses Bedenken gegen jene Schärfung. Jeder, auch der größte Verbrecher, kann ein reuiger Sünder seyn und, wie die Religion Christi lehrt,

Vergebung seiner Sünden erwerben. Keinem darf daher die Mahnung und der Trost der Religion durch einen Geistlichen seiner Confession entzogen werden. Wie will man aber diese ihm zu Theil werden lassen, wenn er wie ein Thier zum Richtplatz geschleift wird? Kann man wohl einem Geistlichen zumuthen, auf der Schleife Platz zu nehmen, und kann sich die richterliche Gewalt, welche dem Verbrecher den Trost der Religion auf seinem letzten Gange entzieht, von dem Vorwurfe befreien, daß sie den Vorschriften der von Gott geoffenbarten Religion zuwider handle?

Sollte man aber durchaus von einer Schärfung der Todesstrafe nicht ablassen wollen, so wähle man wenigstens eine solche, welche durch die letztern Einwendungen nicht getroffen wird, z. B. Verhüllung des Hauptes mit einem schwarzen Schleier. (Code pénal Art. 13.) Auch darf das Gesetz sie nur in namentlich bestimmten Fällen zulassen und ihre Zuerkennung nicht durch eine so höchst unbestimmte Disposition, wie wir sie im §. 10. des Entwurfs finden, in das Ermessen des Richters stellen.

III. Ueber die körperliche Züchtigung.

Der Entwurf hat, im Widerspruch mit fast allen neuern Gesetzgebungen, die körperliche Züchtigung sowohl unter den Criminalstrafen (§. 8. Nr. 5.) als unter den polizeilichen Strafmitteln (§. 130. Nr. 4.) aufgeführt, dabei aber nirgends absolut gedroht, sondern die Zuerkennung derselben bei gewissen Verbrechen dem richterlichen Ermessen überlassen, welches durch die Rücksicht auf die besondern Umstände des Falles und die persönlichen Verhältnisse des Verbrechers geleitet werden soll (§. 21.). Gegen Personen weiblichen Geschlechts soll die Strafe der körperlichen Züchtigung nicht Statt finden. Nähere Bestimmungen und resp. Beschränkungen enthalten die

§§. 22—25. Der Entwurf hat wegen der Aufnahme dieser Strafart, welche auch der Code pénal nicht kennt und welche selbst da, wo man sie in neuerer Zeit nicht gesetzlich aufgehoben hat, durch den Gerichtsgebrauch mehr und mehr außer Wirksamkeit gesetzt worden ist, die lebhaftesten Angriffe erfahren müssen, und wenn auch dabei Manches auf Uebertreibung beruhen mag, so dürfte es doch allerdings nicht zeitgemäß seyn, eine Strafe, welche so sehr, wie die körperliche Züchtigung, die öffentliche Meinung gegen sich hat, und welche überall, wo sie gegen einen Erwachsenen [8]) vollzogen wird und gewissermaßen aus den Gränzen der Erziehungs- und Disciplinar-Gewalt heraustritt, etwas den Menschen Entwürdigendes involvirt, in der neuen Gesetzgebung beizubehalten oder sie gar da, wo sie bisher nicht in Uebung war, wieder einzuführen. Eine Strafe, die blos auf Erregung eines augenblicklichen körperlichen Schmerzes berechnet ist, steht überhaupt mit dem Geiste des heutigen Strafrechts im Widerspruch; auch ist jede Strafe verwerflich, welche, wie dies gerade bei der körperlichen Züchtigung der Fall ist, — abgesehen von allen nicht zu berechnenden Nebenfolgen, die allerdings nach Verschiedenheit der Individuen und der besondern Verhältnisse bei jeder Strafe in ungleicher Weise hervortreten können, — *in sich selbst* zu verschieden wirkt, als daß sie auf den Namen einer *gleichen* und deshalb *gerechten* Strafe Anspruch machen könnte. Denn ohne Gleichheit giebt es keine Gerechtigkeit. Die körperliche Züchtigung wirkt aber zu ungleich bei demjenigen, gegen welchen sie vollzogen wird und durch den, welcher sie vollzieht. Denn in letzterer Hinsicht ist es

---

8) Eine *Braunschweigische* Verordnung v. 26. Juli 1827 hatte sie daher auch bei Erwachsenen schon ganz ausgeschlossen. Das Crim. Gesetzbuch von 1840 verwirft sie gänzlich.

Vergebung seiner Sünden erwerben. Keinem darf daher die Mahnung und der Trost der Religion durch einen Geistlichen seiner Confession entzogen werden. Wie will man aber diese ihm zu Theil werden lassen, wenn er wie ein Thier zum Richtplatz geschleift wird? Kann man wohl einem Geistlichen zumuthen, auf der Schleife Platz zu nehmen, und kann sich die richterliche Gewalt, welche dem Verbrecher den Trost der Religion auf seinem letzten Gange entzieht, von dem Vorwurfe befreien, daß sie den Vorschriften der von Gott geoffenbarten Religion zuwider handle?

Sollte man aber durchaus von einer Schärfung der Todesstrafe nicht ablassen wollen, so wähle man wenigstens eine solche, welche durch die letztern Einwendungen nicht getroffen wird, z. B. Verhüllung des Hauptes mit einem schwarzen Schleier. (Code pénal Art. 13.) Auch darf das Gesetz sie nur in namentlich bestimmten Fällen zulassen und ihre Zuerkennung nicht durch eine so höchst unbestimmte Disposition, wie wir sie im §. 10. des Entwurfs finden, in das Ermessen des Richters stellen.

III. Ueber die körperliche Züchtigung.

Der Entwurf hat, im Widerspruch mit fast allen neuern Gesetzgebungen, die körperliche Züchtigung sowohl unter den Criminalstrafen (§. 8. Nr. 5.) als unter den polizeilichen Strafmitteln (§. 130. Nr. 4.) aufgeführt, dabei aber nirgends absolut gedroht, sondern die Zuerkennung derselben bei gewissen Verbrechen dem richterlichen Ermessen überlassen, welches durch die Rücksicht auf die besondern Umstände des Falles und die persönlichen Verhältnisse des Verbrechers geleitet werden soll (§. 21.). Gegen Personen weiblichen Geschlechts soll die Strafe der körperlichen Züchtigung nicht Statt finden. Nähere Bestimmungen und resp. Beschränkungen enthalten die

§§. 22—25. Der Entwurf hat wegen der Aufnahme dieser Strafart, welche auch der Code pénal nicht kennt und welche selbst da, wo man sie in neuerer Zeit nicht gesetzlich aufgehoben hat, durch den Gerichtsgebrauch mehr und mehr außer Wirksamkeit gesetzt worden ist, die lebhaftesten Angriffe erfahren müssen, und wenn auch dabei Manches auf Uebertreibung beruhen mag, so dürfte es doch allerdings nicht zeitgemäß seyn, eine Strafe, welche so sehr, wie die körperliche Züchtigung, die öffentliche Meinung gegen sich hat, und welche überall, wo sie gegen einen Erwachsenen [8]) vollzogen wird und gewissermaßen aus den Gränzen der Erziehungs- und Disciplinar-Gewalt heraustritt, etwas den Menschen Entwürdigendes involvirt, in der neuen Gesetzgebung beizubehalten oder sie gar da, wo sie bisher nicht in Uebung war, wieder einzuführen. Eine Strafe, die blos auf Erregung eines augenblicklichen körperlichen Schmerzes berechnet ist, steht überhaupt mit dem Geiste des heutigen Strafrechts im Widerspruch; auch ist jede Strafe verwerflich, welche, wie dies gerade bei der körperlichen Züchtigung der Fall ist, — abgesehen von allen nicht zu berechnenden Nebenfolgen, die allerdings nach Verschiedenheit der Individuen und der besondern Verhältnisse bei jeder Strafe in ungleicher Weise hervortreten können, — in sich selbst zu verschieden wirkt, als daß sie auf den Namen einer gleichen und deshalb gerechten Strafe Anspruch machen könnte. Denn ohne Gleichheit giebt es keine Gerechtigkeit. Die körperliche Züchtigung wirkt aber zu ungleich bei demjenigen, gegen welchen sie vollzogen wird und durch den, welcher sie vollzieht. Denn in letzterer Hinsicht ist es

---

8) Eine Braunschweigische Verordnung v. 26. Juli 1827 hatte sie daher auch bei Erwachsenen schon ganz ausgeschlossen. Das Crim. Gesetzbuch von 1840 verwirft sie gänzlich.

wohl ausgemacht [4]), (was ohne Zweifel ein Haupteinwand gegen die körperliche Züchtigung ist), daß dabei die Stärke des zu erregenden physischen Schmerzes fast ganz von der Laune, der Willkühr und der körperlichen Kraft des sie vollziehenden Gerichtsdieners oder Gefangenwärters abhängig ist, Personen, welchen nach der Bildungsstufe, die sie einnehmen, zu wenig innerer Gerechtigkeitssinn zuzutrauen ist, als daß von ihnen ein Gleichmaaß in der Vollziehung erwartet werden könnte. Aber auch bei dem Sträfling wirkt die körperliche Züchtigung, selbst abgesehen von der Willkühr des Vollziehenden, zu ungleich in physischer, geistiger und bürgerlicher Hinsicht, was hier nicht weiter erörtert werden soll, da es schon oft genug ausgeführt worden ist. Hat nun der Entwurf die daraus resultirenden Bedenken dadurch zu beseitigen gewähnt, daß er diese Strafe nirgends absolut droht, sondern sie nur bei gewissen Verbrechen zuläßt, so beruht dies auf Täuschung. Allerdings wird dadurch für den Gesetzgeber der Vortheil erreicht, daß er die unmittelbare Verantwortlichkeit für die Wahl dieser Strafart im einzelnen Falle nicht zu tragen haben wird, da er sie auf den Richter gewälzt hat. Allein sollte dies nicht einen neuen Verdachtsgrund gegen die Zulässigkeit dieser Strafart an sich abzugeben geeignet seyn? Und bei welchen Verbrechen und unter welchen Voraussetzungen soll der Richter darauf erkennen dürfen? Der Entwurf scheint eben so wenig in jener Hinsicht ein festes Princip zu haben, als die in dieser Hinsicht gegebene Bestimmung „nach den besondern Umständen des Falles und den persönlichen Verhältnissen des Verbrechers" als befriedigend zu betrachten

4) Dieses hat auch der neueste Vertheidiger der körperlichen Züchtigung, nämlich Hudtwalker, im Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1842. S. 168 f. nicht einmal zu widerlegen versucht.

ist. Das letztere heißt nun zwar nicht geradezu und ausschließlich „mit Rücksicht auf den Stand des Verbrechers"; allein in der Praxis wird dies doch das hauptsächlichste Entscheidungsmoment seyn, indem es fast als moralisch=unmöglich zu betrachten ist, daß unter Voraussetzung eines ganz gleichen Grades von Bosheit, welcher die Richter gegen eine Person niedern Standes zur Verhängung einer körperlichen Züchtigung bestimmt hat, ein dem höhern Stande angehöriger Verbrecher zu zwanzig oder mehr Hieben sollte verurtheilt werden. Eine solche Ungleichheit aber, nach welcher eine entehrende Strafart für gewisse Stände ausschließlich eintritt, während andere ausdrücklich oder stillschweigend dagegen privilegirt sind, wobei man unwillkührlich an den das römische Strafrecht durchdringenden Unterschied [5]) zwischen **humiliores** und **honestiores** erinnert wird, steht mit den auch auf einer moralischen Grundlage beruhenden Vorstellungen unserer Zeit in zu grellem Widerspruch, als daß man für ihre Beibehaltung oder **resp.** Einführung in das Strafrecht stimmen könnte.

IV. Die Zuchthausstrafe.

— — Als höchst auffallend ist die Bestimmung des §. 12. hervorzuheben, wonach die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten für unfähig zur Verwaltung ihres Vermögens und zur Verfügung darüber unter Lebenden erklärt werden und keinen Theil ihres Vermögens oder ihrer Einkünfte zur freien Verfügung verabfolgt erhalten sollen. Diese Bestimmung, welche weder aus dem gemeinen deut-

5) Ein Unterschied, der gerade auch bei der Zuläßigkeit der körperlichen Züchtigung und ihrer verschiedenen Arten hervortritt. **L. 10. L. 28. §. 1. D. de poen. L. 45. D. de injur.**

schen Rechte, noch aus andern neuern deutschen Gesetzgebungen, sondern nur aus Art. 29—31. des Code pénal entlehnt seyn kann, muß als durchaus verwerflich betrachtet werden. Sie führt ein Stück vom bürgerlichen Tode des französischen Rechts in das preußische Strafrecht ein und hat daher Alles gegen sich, was oft genug und mit Grund gegen diesen geltend gemacht worden ist [6]). Weshalb Jeder, der zu einer Zuchthausstrafe verurtheilt ist, zur Disposition über sein Vermögen, also z. B. auch zur Beendigung eines Processes durch Vergleich, unfähig und, in soweit er es factisch nicht selbst verwalten kann, der freien Wahl eines Stellvertreters beraubt seyn soll, wobei der §. 12. nicht einmal mit Rücksicht auf die im §. 46. gestattete Strafverwandlung eine Ausnahme macht: dafür ist weder ein rechtlicher noch ein moralischer Grund zu erkennen, und die Bestimmung des Entwurfs wird um so härter wirken, je häufiger die Zuchthausstrafe in die Wahl des Richters gestellt ist und je öfter sie auch wegen des so niedrig gestellten Minimums wird erkannt werden können.

Ueber die innere Einrichtung der Zucht- und Arbeitshäuser ist nichts bestimmt, so daß sich nicht erkennen läßt, welches der verschiedenen Systeme hinsichtlich der Behandlung der Strafgefangenen zu Grunde gelegt werden soll, indem nur so viel erhellt, daß sie Arbeiten und zwar schwere und resp. leichte verrichten sollen, wodurch also die ohne Zweifel im Allgemeinen verwerfliche Einrichtung völliger Isolirung ohne Arbeit als ausgeschlossen betrachtet werden muß. Da aber die wichtige Frage über die Einrichtung der Strafanstalten auch in

---

6) Noch viel strengere, in vermögensrechtlicher Beziehung den bürgerlichen Tod vollkommen realisirende, aber auch um so verwerflichere Bestimmungen enthält der Entwurf beim Verbrechen des Hochverraths §. 149 f.

Preußen einer besondern Untersuchung unterworfen ist, deren Resultat man wahrscheinlich durch die Bestimmungen des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs nicht hat vorgreifen wollen, so wird auch hier auf diesen Gegenstand nicht näher einzugehen seyn.

V. Ehrenstrafen.

Hinsichtlich der im §. 33 f. enthaltenen Ehrenstrafen hat man es auffallend gefunden, daß der Verlust des Adels Verbrechen halber gedroht sey, und auch in öffentlichen Blättern heftig dagegen geeifert, daß der Bürgerstand gewissermaßen als Strafcolonie für adelige Verbrecher behandelt und genöthigt werden solle, die letztern in sich aufzunehmen. Hier liegen aber offenbar unrichtige und verkehrte Vorstellungen zu Grunde. Man gefällt sich darin, hier den Adel als eine besondere vom Bürgerstande geschiedene Kaste hinzustellen, während man doch andrer Seits dem Adel jede Bevorrechtigung ableugnet. Kein Verständiger kann aber verkennen, daß die Anerkennung verschiedener Standesverhältnisse und Ehrenstufen im Staate etwas an sich höchst natürliches sey, daß der Adel eben keine besondere Kaste begründe, sondern ein Inbegriff gewisser durch Gesetz oder Gewohnheit anerkannter besonderer Ehrenrechte sey, die allerdings gegenwärtig für die Ausübung anderer bürgerlicher oder politischer Rechte von geringerer Erheblichkeit sind, die aber auch in der Volksmeinung noch nicht allen Werth verloren haben und deren Erwerb zwar in der Regel durch die Geburt bestimmt, indeß doch auch auf den Grund besonderer Verdienste für jeden andern Staatsbürger möglich gemacht ist. Daher ist auch die Vorstellung, als werde der zum Verlust des Adels Verurtheilte erst dadurch in den Bürgerstand versetzt, ganz unrichtig; und eben so wenig wie die Verleihung der Adels-

rechte an eine bestimmte Person eine Zurücksetzung der übrigen Staatsbürger in sich schließt, eben so wenig kann für die letztere eine Beleidigung darin gefunden werden, wenn Jemand zur Strafe der besondern Ehrenrechte des Adels für verlustig erklärt wird. Auch würde, wenn man das bisher gültige positive Recht in Deutschland berücksichtigt, die Bestimmung des Entwurfs nicht als Neuerung betrachtet werden können.

Weise ist die Bestimmung des Entwurfs, wonach in der Regel der Verlust der Ehrenrechte nicht unbedingt mit gewissen Strafen verbunden ist. Nur die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe oder Cassation zieht immer den Verlust sämmtlicher im §. 33. erwähnten Ehrenrechte nach sich, obwohl auch hier jederzeit ausdrücklich darauf erkannt werden soll [7]). Hiergegen ließe sich nichts einwenden, wenn die Zuchthausstrafe bei keinem Verbrechen absolut gedroht wäre. Da dies aber, wie schon oben bemerkt wurde, allerdings mehrfach vorkommt, so werden dadurch gewisse Verbrechen für absolut entehrend erklärt, was auch in allen denjenigen Fällen sich herausstellt, wo neben andern Strafen der Verlust der Ehrenrechte vom Richter erkannt werden muß. Z. B. §. 152. §. 169. §. 257. §. 259 u. s. w. im Gegensatz zu §. 325. 326 u. s. w. — Soll aber die gewiß löbliche Bestimmung, wonach wenigstens Arbeitsstrafe und Gefängniß an sich nicht entehrend sind, auch einen sichtbaren Ausdruck erhalten, so würde es nöthig seyn, diejenigen Verbrechen, gegen welche der Verlust der Ehrenrechte erkannt ist, ganz

7) Wozu das ausdrückliche Erkenntniß, wenn jene Strafen doch stets den Verlust der Ehrenrechte nach sich ziehen? Uebrigens dürfte es zweckmäßig seyn, dem ersten Satz des §. 34. und dem §. 35. die Bestimmungen des §. 95. anzufügen, welche überdies unter die Rubrik des §. 93 f. nicht passen, in sofern hier ja gerade die Strafbarkeit nicht aufgehoben wird.

von den übrigen abzusondern, oder vielmehr verschiedene Strafanstalten und Gefängnisse zu errichten, indem außerdem in der Meinung des Volks beide Klassen von Sträflingen doch nicht geschieden werden dürften.

VI. Von dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit.

Der Entwurf enthält über diese wichtige Materie nur drei Paragraphen, ist also im Vergleich mit andern neueren Gesetzgebungen z. B. dem Hannoverschen Criminal-Gesetzbuch sehr kurz zu nennen. Der §. 51. weist den Richter an, nach den Umständen zu ermessen, ob ein Verbrechen vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verübt worden sey, und der §. 52. beginnt mit der Regel, daß man das Verbrechen als vorsätzlich verübt zu betrachten habe, wenn dasselbe so erfolgt sey, wie es in der Absicht des Thäters gelegen hat. Hieran schließen sich die Bestimmungen über den s. g. unbestimmten Dolus, über Irrthum in der Person und den Beweggründen und (§. 53.) über das Zusammentreffen von Dolus und Culpa.

Was nun zunächst die Bestimmung des §. 51. betrifft, so könnte sie vielleicht auch als sich von selbst verstehend entbehrt, oder als Beweisregel in die Strafproceßordnung verwiesen werden. Außerdem stellen sich aber folgende Bedenken heraus:

1) Der Entwurf hat es zwar, wie es scheint, vermeiden wollen, eine Definition des Vorsatzes aufzustellen, was durchaus gebilligt werden muß, indem wohl kaum irgendwo die Warnung „Omnis definitio in jure periculosa est" mehr begründet ist, als bei einfachen Begriffen, welche ganz und gar der Willkühr des Gesetzgebers entzogen sind und bei welchen durch eine fehlerhafte Definition mehr geschadet, als durch eine der Sache ganz entsprechende genützt wird. Nichts desto weniger enthält

aber dennoch der erste Satz des §. 52. eine Bestimmung, welche auf eine Definition des vorsätzlichen Verbrechens hinausläuft, und durch welche eines Theils gar nichts gewonnen wird, indem die Erklärung, als vorsätzlich sey zu betrachten, was in der Absicht des Thäters gelegen habe, in der That so gut wie keine ist, — andern Theils aber der Richter bei der Beurtheilung einzelner Fälle doch wieder irre geführt werden kann, wenn er sich streng an die Worte hält. Man nehme als Beispiel das Verbrechen der Brandstiftung, wo der Fall so oft vorkommt, daß das ganze Brandunglück, wie es erfolgt ist, nicht in der Absicht des Thäters gelegen hat, und doch ein doloses Incendium angenommen werden muß; man wende die Bestimmung ferner an auf den Fall eines Irrthums in dem Gegenstande der Verletzung, welcher freilich noch besonders im §. 52. entschieden ist; und denke anderer Seits an die Fälle, wo der gesetzwidrige Erfolg zwar so eingetreten ist, wie er in der Absicht des Thäters gelegen hat, allein nicht als Wirkung der auf Hervorbringung des Verbrechens gerichteten Handlung. Soll über alle Fälle der letztern Art, die wieder in verschiedenen Gestaltungen vorkommen, die nicht immer auf die nämliche Weise entschieden werden können und die daher auch in der Theorie auch nicht unter einer Terminologie zusammengefaßt werden dürfen, obwohl Manche dafür die ganz unpassende Bezeichnung durch „generellen Vorsatz" gewählt haben, — soll über alle diese Fälle die Entscheidung aus dem Anhangssatz des §. 52. entnommen werden, oder nicht? Die Bejahung dieser Frage müßte nothwendig in vielen Fällen zu ganz ungerechten Urtheilen führen und doch würde sie consequenter Weise bejaht werden müssen! Rathsam würde es daher seyn, auch jenen Satz des §. 52. zu streichen.

2) Man hat es ferner unterlassen, den Begriff der Fahrlässigkeit zu bestimmen, was ebenfalls nur Billigung verdient, und man ist auch nicht in den Fehler neuerer Gesetze verfallen, welche darauf ausgegangen sind, bestimmte Stufen oder Grade der Fahrlässigkeit zu fixiren. Hiermit muß aber zweierlei [8]) nicht verwechselt werden, was zur Feststellung der Gränzen der bürgerlichen Strafbarkeit nothwendig ist: einmal nämlich die Frage, welcher Grad der Fahrlässigkeit überhaupt criminell bestraft werden soll? und zweitens die Frage, in welchen Fällen oder bei welchen Verbrechen die Fahrlässigkeit criminell zu strafen sey? In jener Hinsicht ist es bekannt, daß z. B. das gemeine Recht keineswegs jeden, auch den niedrigsten Grad der Fahrlässigkeit zu einer peinlichen Bestrafung für genügend erklärt; sondern das römische Recht bestraft nur lata culpa, magna negligentia, lascivia, luxuria, während zur civilrechtlichen Verbindlichkeit, einen widerrechtlich angerichteten Schaden zu ersetzen, eine levis oder levissima culpa für genügend erklärt wird, und auch die P. G. O. Karls V. giebt besonders durch die im Art. 146. gewählten Ausdrücke und Beispiele deutlich genug zu erkennen, daß sie einen gewissen höhern Grad von Unvorsichtigkeit im Auge habe, im Uebrigen freilich Alles dem richterlichen Ermessen überlassend. Eben so unterliegt es hinsichtlich der zweiten der obigen Fragen keinem Zweifel, daß gemeinrechtlich die culpa nur bei gewissen Verbrechen strafbar ist und neuere Gesetzgebungen (z. B. die Würtemberg. Art. 58., die Sächsische Art. 32., die Braunschweig. §. 26. 29.) bestimmen

8) Eine dritte, in concreto oft schwierige Frage, ob ein, mit einer gewissen gefährlichen Handlung in Verbindung stehender Erfolg als culpos herbeigeführt anzusehen sey? z. B. es geht Jemand höchst unvorsichtig mit Gift um, dies benutzt ein Dritter und vergiftet sich selbst oder Andere, — eignet sich nicht zu einer besondern gesetzlichen Bestimmung.

auch ausdrücklich, daß nur in den besonders bestimmten Fällen die culpa zu strafen sey, womit natürlich die polizeiliche Strafbarkeit der an sich gefährlichen oder verbotenen Handlung, welche von dem Eintritt eines gewissen Erfolgs ganz unabhängig ist, nicht verwechselt werden darf. Eine solche, die Gränzen der bürgerlichen Strafbarkeit betreffende Bestimmung mußte der Entwurf nothwendig in sich aufnehmen und zwar s. m. vielleicht in folgender Weise:

> Wegen Verbrechens aus Fahrlässigkeit ist derjenige zu strafen, welcher den rechtswidrigen Erfolg seiner Handlung oder Unterlassung mit Wahrscheinlichkeit voraussehen konnte, jedoch nur in den im zweiten Theil besonders bestimmten Fällen.

3) Der Schlußsatz des §. 52. besagt: Durch einen Irrthum in der Person des Verletzten oder in den Beweggründen wird der Vorsatz nicht ausgeschlossen. Hierin scheint eine Verwechselung dessen, was in das Kapitel der Zurechnung gehört, mit dem Begriff und den Merkmalen des Vorsatzes zu liegen. Daß der vorhanden gewesene Vorsatz durch solchen Irrthum nicht ausgeschlossen werde, versteht sich doch wohl ganz von selbst, und nur um die Frage kann es sich handeln, ob die Zurechnung des vorsätzlich verübten Verbrechens dadurch bedingt sey, daß der Handelnde sich nicht im Objecte der verbrecherischen Thätigkeit oder in den Beweggründen geirrt habe? Dagegen finden sich im Abschnitt von der Zurechnung und zwar im §. 82. zwei Bestimmungen, welche sich auf ein wesentliches Merkmal des verbrecherischen Vorsatzes selbst beziehen und daher hier im dritten Abschnitt ihren Platz hätten finden müssen. Denn es ist offenbar, daß ein verbrecherischer Vorsatz überhaupt nicht

vorhanden sey, wenn der Handelnde die, die Strafbarkeit der Handlung bedingenden Thatumstände, z. B. daß er Gift darreiche, nicht kannte, und die Zurechnung des Vorsatzes kommt hierbei gar nicht in Betracht. Eben so kann von dem zu einer qualificirten Verbrechensspecies nothwendigen Vorsatze nicht die Rede seyn, wenn der Handelnde von dem die That erschwerenden Umstande, z. B. daß er Sohn des Ermordeten sey, keine Kenntniß hatte. Hieraus dürfte zur Genüge hervorgehen, daß der Schluß des §. 52 und §. 82. nicht an ihrem Orte sind und ihre Plätze wechseln müssen.

Was aber nun den Satz selbst betrifft, daß durch einen Irrthum in der Person des Verletzten (auch von Sachen als Gegenständen des Verbrechers könnte hier eben so gut die Rede seyn, wie z. B. im Braunschweigischen Gesetzb. §. 28.) die Zurechnung des vorsätzlich verübten Verbrechens nicht ausgeschlossen werde, so hat dieser Satz in seiner Allgemeinheit, und abgesehen von der verwandten Schlußbestimmung des §. 57, allerdings auch seine Bedenken. Denn er setzt, wenn er richtig seyn soll, immer voraus, daß an der Person oder Sache, gegen welche die verbrecherische Thätigkeit gerichtet war, die aber irrthümlich für eine andere gehalten wurde, das Verbrechen ganz auf gleiche Weise verübt werden konnte, z. B. Tödtung des A statt des B, während er in allen Fällen eines s. g. putativen oder vermeintlichen Verbrechens nicht paßt; A schlägt vermeintlich den B, es findet sich aber, daß es sein eigner Sohn war. Auch muß man es wohl als sich von selbst verstehend betrachten, daß durch obige Bestimmung der Fall einer s. g. aberratio ictus nicht hat entschieden werden sollen, indem dieser vielmehr unter den Grundsatz des §. 53. subsumirt werden müßte,

wenngleich man dabei in der That andere Fälle vor Augen gehabt haben dürfte. Denn wenn z. B. A auf den B schießt um ihn zu tödten, trifft aber nicht ihn, sondern den dahinter stehenden C, den er gar nicht verletzen wollte, so ist dies ein von dem Irrthum in der Person wesentlich verschiedener Fall, wobei die Tödtung des C als ein gar nicht in der Absicht des Thäters liegender Erfolg betrachtet werden muß.

XI.

Ueber
den neuesten Zustand der gerichtlichen Medicin
und der
Benutzung naturwissenschaftlicher Forschungen in gerichtlichen Fällen,
und über die richtige Stellung des Sachverständigen zum Strafrichter.

Von

Mittermaier.

---

1) Friedreich Handbuch der gerichtsärztlichen Praxis mit Einschluß der gerichtlichen Veterinärkunde. Regensburg 1843.

2) Friedreich Centralarchiv für die gesammte Staatsarzneikunde. Regensburg. I. Bd. 1844. II. Bd. Ansbach 1845.

3) Siebenhaar encyklop. Handbuch der gerichtlichen Arzneikunde für Aerzte und Rechtsgelehrte. Leipzig 1840. II. Bde.

4) Siebenhaar und Martini Magazin für die Staatsarzneikunde, begründet von den Bezirks- und Gerichtsärzten des Königreichs Sachsen. Leipzig. Seit 1842 bis jetzt 4 Bände.

5) Burdach gerichtsärztliche Arbeiten. Stuttgart 1839.

6) Schürmayer gerichtl. medic. Klinik oder prakt. Unterricht zur Untersuchung und Begutachtung gerichtlicher medic. Fälle. Carlsruhe 1844.

7) Henke's Zeitschrift für Staatsarzneikunde, fortgesetzt von Siebert. Bis jetzt 25 Jahrgänge. Erlangen 1845.

8) Annalen der Staatsarzneikunde unter Mitwirkung der Mitglieder des in- und ausländischen Vereins badischer Medicinalbeamten. Herausgegeben von Schneider, Schürmayer und Hergt. Freiburg. Bis jetzt 10 Jahrgänge.

9) Médecine légale, théorique et pratique par Devergié, révue et annotée par Vehaussy de Robécourt. Paris.

10) Annales d'Hygiène légale et de médecine légale par Adelon, Andral, d'Arget, Chevallier, Devergié, Gaultier de Claubry, Guerard Keraudren, Leuret, Ollivier (d'Angers), Orfila, Trebuchet, Villermé. Paris. Jährlich 4 Hefte, bis jetzt 33 Bände.

11) Thomson's Vorlesungen über gerichtliche Arzneiwissenschaft, ins Deutsche übertragen unter Redaction von Behrend. Leipzig 1840.

12) Principles of forensic medicine by W. Guy. London 1844. III vol.

13) A manual of medical jurisprudence by Taylor. London 1844.

14) A Treatise on the medical jurisprudence of insanity by Ray. Boston 1838.

15) Questioni di medicina legale secondo lo spirito delle leggi del D. Barzellotti (in Pisa) Opera rifatta da esso, con copiose note e commenti per cura del D. Bianchi. Milano 1840. Vol. I—IV.

16) Lezioni di medicina legale del Professore F. Puccinotti. Pisa 1840.

17) Médecine légale pratique considérée dans ses rapports avec la législation actuelle par Fleuret. Anneci 1842.

18) Bemerkungen über das Bedürfniß des Studiums der gerichtlichen Medicin für Rechtsgelehrte, von Beer (in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde). Wien 1844. 567 S.

19) De Uitoefening der geregtelijke Geneeskunde in Nederland hare Gebreken, middelen tot herstel derzelve door van den Broecke, Medic. doctor en van den Broecke, advocat. Utrecht 1845.

20) Manuel de la cour d'assises dans les questions d'empoisonnement à l'usage des magistrats, des advocats, des experts, ou recueil des principes de toxicologie par Darsé. Paris 1845.

21) Qnistioni medico-legali intorno alle diverse specie di follie opera di L. Ferrarese. Napoli 1844.

Die Criminalrechtswissenschaft ist vielfach zum großen Theile von der Ausmittelung faktischer Verhältnisse abhängig, durch deren Daseyn der Thatbestand einzelner Verbrechen bedingt ist, oder von welchen die Annahme der Zurechnung der Verbrechen abhängt. Vorzüglich sind es die gerichtliche Medicin und die Naturwissenschaften überhaupt, deren Fortschritte den größten Einfluß auf das Strafrecht haben. Je mehr die Gesetzgebung ihre Aufgabe würdigt, daß nur gerechte Strafen angewendet werden, desto mehr muß der Gesetzgeber bei der Bestimmung strafbarer Handlungen im Gesetzbuche die Natur dieser Handlungen beachten, um theils bei der Bezeichnung der Verbrechen [1]) nicht etwa Merkmale zu fordern, die nicht zum Verbrechen gehören, oder wo die unrichtige Wahl von Ausdrücken den Richter leicht irre führt [2]), theils um gehörige Unterscheidungen und Abstufungen aufzustellen, von deren Beachtung die gerechte Strafanwendung ab-

1) Z. B. bei der Aufstellung der Begriffe von Abtreibung der Leibesfrucht bemerkt man leicht, daß manche Gesetzgeber keine klare Vorstellung von der Natur der Abortivmittel haben.

2) Z. B. bei dem Verbrechen des Kindesmords. Noch schlimmer zeigt sich dies bei dem Gebrauch der Ausdrücke: Krankheit, lebensgefährliche Verletzung.

hängt [3]), theils bei den Bestimmungen über Zurechnung den Kreis der Gründe, welche von Zurechnung befreien, nicht zu eng oder zu weit zu ziehen. Nicht weniger bedarf der Richter bei Anwendung der Strafgesetze auf einzelne Fälle der Benutzung der Forschungen der Naturwissenschaften. Ohne die Kenntniß der in dem Reiche derselben gelieferten Erfahrungen ist er oft nicht im Stande, zweckmäßig die Handlungen zur Ausmittelung des Thatbestandes zu veranstalten [4]), oder jene Verhältnisse zu beachten, welche als leicht eintretende Möglichkeiten, die eine Erscheinung auf eine andere als verbrecherische Weise erklären [5]), berücksichtigt werden müssen, oder den Sinn, in welchem der Gesetzgeber einen gewissen Ausdruck braucht [6]) oder der Sachverständige sich eines solchen bediente, richtig zu verstehen [7]), oder geeignete Fragen an die Sachverständigen zu stellen oder die von ihnen gelieferten Gutachten gehörig zu prüfen.

Betrachtet man die in früherer Zeit selbst noch im vorigen Jahrhunderte gefällten Strafurtheile, welche auf Gutachten der Sachverständigen gebauet waren, so schaudert man über die Gräuel, welche unter dem Namen der Justiz von Richtern verübt wurden, welche im guten Glauben handelten und entweder in Fällen, in welchen

---

3) z. B. bei dem Gebrauche der Ausdrücke: Wahnsinn, Manie, Verrücktheit.

4) Z. B. wenn er nicht die Erfahrungen in Bezug auf die Ausmittelung der Gifte kennt und daher auch nicht weiß, mit welcher Vorsicht zu Werke gegangen werden muß.

5) Z. B. bei dem Verbrechen der Brandstiftung, wo die neuen Forschungen der Physik über die Selbstentzündung gewisser einander nahe gebrachter Stoffe z. B. in Fabriken das Ergebniß liefern, daß oft kein Verbrechen vorhanden ist, wo man nach den gewöhnlichen Ansichten ein solches annimmt.

6) Z. B. in Bezug auf die Tödtlichkeit der Wunden.

7) Z. B. bei dem Ausdruck: Lebensfähigkeit.

wir unfehlbar Sachverständige befragen würden, diese gar nicht befragten, weil sie es nicht für nothwendig hielten, oder von Aerzten getäuscht wurden, die nach dem Standpunkt der Ansichten der Wissenschaft ihrer Zeit nach bestem Wissen ihre Gutachten gaben, während jetzt die Sätze, von welchen sie ausgingen, nach den Fortschritten der Wissenschaft allgemein als Irrthümer anerkannt werden. Wie viele Strafurtheile ergingen gegen Kindsmörderinnen blos auf den Grund der Lungenprobe, nach deren trüglichen Ergebnissen das Leben des neugebornen Kindes angenommen wurde. Wie viele Urtheile, in welchen der Thatbestand des Giftmords angenommen wurde, waren nur auf Giftproben gegründet, mit welchen jetzt der mittelmäßigste Chemiker sich nicht begnügen würde! Auf diese Art ist unsere Strafjustiz von Elementen abhängig gemacht, deren Richtigkeit in jedem Augenblicke bezweifelt werden kann, und vielleicht nach wenigen Jahren als Vorurtheile anerkannt werden. Die Aufforderung an den Gesetzgeber, die Ergebnisse der Fortschritte der gerichtlichen Arzneikunde auf das sorgfältigste zu benutzen, und dafür zu sorgen, daß nur denjenigen, welche genügende Bürgschaft ihrer genauen Kenntniß aller Fortschritte der Wissenschaft liefern, das wichtige Amt anvertraut werde, technische Gutachten zu geben, ergeht daher eben so mächtig, als an die Richter, gewissenhaft mit der gerichtlichen Medicin sich vertraut zu machen, die besten Sachverständigen zu wählen, die Fragen an sie geeignet zu stellen und die Gutachten sorgfältig zu prüfen.

Nicht selten sind es einzelne merkwürdige, durch die Verwickelungen der Thatsachen, durch die Persönlichkeit der Angeklagten Aufsehen erweckende Fälle, welche plötzlich in der Wissenschaft einen neuen Anstoß geben und die Gesetzgeber und Richter aufmerksam machen. Ein Fall dieser Art war vor einigen Jahren der der Laffarge

in Frankreich. Das öffentliche Interesse, welches der Fall erweckte, veranlaßte eine schärfere Prüfung mancher Verfahrungsarten, die wohl schon oft angewendet, aber nie so strenge geprüft wurden, als dies damals geschah. Der Widerstreit der Ansichten der Chemiker, das große Ansehen, welches in jenem Falle einer der größten Toxicologen Europa's, Orfila, für seine Meinung in die Waagschale legte, bewogen die Chemiker anderer Länder, desto gewissenhafter jene Proben zu prüfen, auf welche der große Chemiker seine Ansicht baute. Viele Schriften, welche für die bei der Ausmittelung des Giftmords vorkommenden Fragen wichtig wurden, erschienen. Als der Cassationshof Frankreichs in die Lage kam, über die vorgebrachten Nichtigkeitsgründe zu urtheilen, erhob sich eine früher fast unbeachtet gebliebene Frage über das Verhältniß des Cassationshofes zur Wissenschaft in Bezug auf die Prüfung der von ihr gelieferten Resultate über jene Elemente, auf welche die Verurtheilung gebaut wurde. In dem bekannten dem Hofe vorgelegten Mémoire von Raspail [8]) war der Satz aufgestellt, daß es in den Verpflichtungen des Hofes liege, auch die Forderungen der Wissenschaft der gerichtlichen Chemie zu prüfen, und da, wo erweislich die Regeln dieser Wissenschaft in einem Falle verletzt wurden, das darauf gebaute Urtheil zu cassiren. Wir werden auf jenes wichtige Memoire noch unten zurückkommen. Hier bemerken wir nur, daß der Cassationshof diese Ansichten nicht als richtig anerkannte. Merkwürdig war aber damals die Ausführung des Generalprocurators Dupin [9]) über das Verhältniß der Richter zu den wissenschaftlichen Aussprüchen der Sachverständigen. — Dupin erklärte, nachdem er auf die bekannte Weise, mit welcher auch

---

8) Mémoire à consulter à l'appui du pourvoi en cassation de Dame M. Capelle V. Laffarge sur les moyens de nullité par Raspail. Paris 1840. p. 135.

Cicero, wenn er recht tadeln wollte, zuerst lobte, seine Achtung vor der Wissenschaft ausgesprochen hatte, wörtlich: „Nie darf man das Princip der Gerechtigkeit den nur accessorischen Mitteln der Instruction unterordnen. Die Justiz bedient sich der Sachverständigen, aber sie erklärt zugleich, daß die Geschwornen und die Richter nicht schuldig sind, dem technischen Gutachten sich zu unterwerfen, wenn ihre Ueberzeugung davon abweicht. Mag auch das Gutachten etwas bejahen, so kann doch die Justiz ihr Nein aussprechen; das Urtheil der Geschwornen und der Richter ist unabhängig von dem der Sachverständigen. Man ruft Aerzte, Chemiker u. A. vor, aber mit dem Vorbehalt der moralischen und der thatsächlichen Beweise, welche der Justiz angehören und immer entscheidender sind, als die nur materiellen Meinungen und Schlüsse der Wissenschaft. Unter allen Beweisen sind die unmittelbarsten nicht diejenigen, welche sich auf die Erfahrungen der Physik beziehen, die je nach der Unerfahrenheit oder der Geschicklichkeit der Sachverständigen mißlingen oder gelingen können, und wo auch bei der vollsten Geschicklichkeit der Techniker wegen der Unvollkommenheit einer Maschine oder eines Werkzeugs das Ergebniß des Versuchs scheitern kann. Die vorzüglichsten Beweise, welche am ersten auf die Ueberzeugung der Richter und Geschwornen wirken, sind immer diejenigen, welche aus dem Zusammenhange der Thatsachen und der Aufführung der Angeklagten hervorgehen. Der Giftkauf durch den Angeschuldigten oder in seinem Auftrag, die Beibringung des Gifts unter bestimmten Umständen, die sogleich darauf sich ergebenden Zeichen der Vergiftung, die Leiden des Schlachtopfers u. a.: sind diese nicht nach den Gesetzen der menschlichen Ueberzeugung die

---

9) Requisitoire de M. le Procureur générale Dupin dans l'affaire Laffarge vom 11. Dec. 1840. pag. 18.

schlagendsten Beweise des Daseyns des Verbrechens? Dies genügt noch nicht. Der Eindruck der Verhandlungen, der Anblick des Angeklagten, jene magische unerklärbare und doch so sichere Wirkung der genauen Beobachtung der Haltung des Angeklagten während der Verhandlungen, der Mangel oder die Heftigkeit seiner Gemüthsbewegungen, die Gleichgültigkeit bei Verhältnissen, welche seine Empfindlichkeit oder das Gefühl seiner Unschuld aufregen sollten, seine unwillkürliche Heftigkeit bei einzelnen Beweisen, sind und waren von jeher die sichersten Elemente der menschlichen Ueberzeugung, welche berufen ist, über die Verübung der Verbrechen und das Schicksal der Angeklagten zu entscheiden. Die Wissenschaft, mag sie in ihren Handlungen und Operationen noch soviel Vertrauen einflößen, kann nie eine Gewißheit darbieten, welche der vorigen gleichsteht oder ihr vorgeht." Wir haben diese Worte des scharfsinnigen Juristen treu wiedergegeben, glauben aber auf die Zustimmung Aller, welche den Ernst der Gerechtigkeit und die erhabene Aufgabe der Strafjustiz kennen, und sich nicht durch schöne Phrasen blenden lassen, rechnen zu dürfen, wenn wir behaupten, daß Hr. Dupin die Bedeutung der Wissenschaft für den Strafrichter nicht gehörig gefaßt hat. Wir geben zu, daß die Ueberzeugung der Richter auf Elementen beruht, welche nicht blos durch die materiellen Beweise geliefert werden. Es ist der Totaleindruck, der durch kein anderes Mittel ersetzt und nur durch die vor den urtheilenden Richtern vorgehende mündliche Verhandlung geliefert werden kann, — das herrlichste Mittel, wenn es von scharf prüfenden Richtern benutzt und so aufgefaßt wird, daß die durch dies Mittel gelieferte Ueberzeugung der Richter zu demjenigen Seelenzustande hinzukommen muß, welcher die Wirkung der Prüfung der Beweise ist. Die Vorfrage, ehe zur Beantwortung der Hauptfrage, ob der Angeklagte schuldig ist,

geschritten werden kann, muß die seyn: ob die That, wegen welcher Jemand angeklagt ist, verübt wurde, weil da, wo kein Thatbestand des Verbrechens vorhanden ist, Niemand bestraft werden kann. Bei der Herstellung des Thatbestandes aber kommt es häufig auf Fragen an, deren Beantwortung dem Richter ohne die Hülfe von Sachverständigen nicht möglich seyn würde. Von der Antwort auf die Frage: ob das Kind außer Mutterleibe gelebt, ob die an der Leiche vorgefundene Erscheinung auch ohne Verletzung von Seite einer Person entstehen konnte, ob dem Verstorbenen Gift beigebracht wurde ꝛc., hängt die Entscheidung über den Thatbestand des Kindermords, des Giftsmords u. a. ab. Darüber aber können nur die Sachverständigen ihr Gutachten geben. Wohl mögen sie sich nicht selten täuschen, wenn man nach der höchsten Wahrheit, wie sie vielleicht nach Jahrzehnden oder nach einem Jahrhundert erkannt werden wird, ihr Gutachten prüfen wollte; allein Alles kommt darauf an, ob sie nach dem jetzigen Standpunkt der Fortschritte der hieher gehörigen Wissenschaft die vorgelegten Fragen beantworten. Die Richter und Geschwornen können zwar an die Entscheidung, welche ihnen die Sachverständigen geben, nicht absolut gebunden seyn; sie werden da, wo ihre Ueberzeugung im Widerspruche ist mit dem Ausspruche der Sachverständigen, und zwar die Ueberzeugung günstig für den Angeschuldigten spricht, sich im Zweifelszustande durch die Rücksicht bestimmen lassen, die dem Angeklagten günstigste Meinung anzunehmen; aber es gehört zu den auffallendsten Erscheinungen des Hochmuths der Juristen, wenn man sogar behauptet, daß die Richter auch da dem Ausspruche der Sachverständigen nicht zu folgen brauchen, wenn diese das Merkmal, welches vorhanden seyn müßte, wenn der Thatbestand angenommen werden dürfte, nach den Gesetzen der Wissenschaft und nach technischen Erfah-

rungen als nicht vorhanden erklären. Will man im Ernst behaupten, daß da, wo die Chemiker erklären, daß keine Beweise vorliegen, daß dem Verstorbenen Gift beigebracht wurde, doch die Richter den Angeklagten wegen Giftmords verurtheilen oder das Schuldig über die des Kindesmords Angeklagte aussprechen dürfen, wo die Sachverständigen erklärten, daß das Kind schon vor beendigtem Geburtsakt verstorben ist? Will Hr. Dupin hier wegen der angeblichen dringenden Beweise, welche die Justiz liefert, die Befugniß den Geschwornen geben, die Zeugnisse der Wissenschaft gering zu achten? Sehr gut schildert Berigny[10]) die Lage der Geschwornen, wenn sie über die Aussprüche der Sachverständigen zu entscheiden berufen sind. — Man zittert, wenn man sich vorstellt, daß die Geschwornen aufgemuntert werden, die Zeugnisse der Wissenschaft, welche ihnen die Sachverständigen verkünden, nur als accessorisch zu betrachten und zunächst ihrer eigenen Ueberzeugung sich zu überlassen. Wir geben zu, daß die Geschwornen ebenso wie rechtsgelehrte Richter befugt sind, aus den durch die Sachverständigen bezeugten Thatsachen andere Schlüsse, als diese daraus abgeleitet haben, abzuleiten; wir geben ihnen aber nicht das Recht, von den, einen gewissen thatsächlichen Zustand bezeugenden, auf technische Prüfung gebauten Erklärungen der Sachverständigen blos deswegen abzuweichen, weil sie die Gründe der letzten nicht für die richtigen halten, oder weil bei vorhandenem Widerstreit der Meinungen sie einer derselben den Vorzug geben zu müssen glauben. Bei rechtsgelehrten Richtern, bei denen man eine wissenschaftliche Bildung, Uebung in der Auffassung der technischen Gutachten und wenigstens allgemeine Bekanntschaft mit den Fortschritten der Wissen-

---

10) Des médecins-legistes considérés dans leur rapport avec les cours de justice à l'occasion du procès Laffarge *par* Berigny. Paris 1840.

schaft der Sachverständigen voraussetzen kann, ist noch eher (wie wir zeigen werden, mit Unterscheidung der Fälle [11])) zu erwarten, daß die Richter die Gründe der Sachverständigen selbst prüfen können; bei Geschwornen aber, welchen die Fortschritte der gerichtlichen Medicin fremd sind, welche die Wichtigkeit mancher Gründe eben so wenig als ihren Einfluß würdigen können, liegt die große Gefahr vor, daß die Geschwornen entweder durch die Autorität eines in der Wissenschaft hochgefeierten, von dem Staatsanwalt pomphaft als König in seinem Fache gepriesenen Gelehrten [12]), oder durch die Redefertigkeit oder das kräftige selbstvertrauende Auftreten eines Sachverständigen [13]) zur Annahme einer Meinung bestimmt werden, für welche sie sich keine genügenden Gründe angeben können.

Je mehr in dem Strafrechte bei der Anwendung der Strafgesetze die Abhängigkeit des Strafrichters von der Entscheidung gewisser Vorfragen anerkannt wird, deren Beantwortung nur die Medicin oder die Naturwissenschaften überhaupt gewähren können, desto wichtiger wird die Sorgfalt, mit welcher die gerichtliche Medicin behandelt und benutzt werden muß. Vieles liegt hier der Gesetzgebung zu thun ob, indem sie theils dahin zu wirken hat, daß schon auf Universitäten das Studium dieses Fachs zweckmäßig betrieben wird, theils eine tüchtige Person für

---

11) Die Fälle, in welchen die Sachverständigen über Zurechnungsfähigkeit ihr Gutachten geben, müssen getrennt werden von denjenigen, in welchen sie über Tödtlichkeit der Wunden, Kindermord u. a. sich erklären.

12) Wer mag zweifeln, daß in der Sache der Frau Laffarge nur das überall angepriesene Ansehen von Orfila den Ausschlag gab?

13) Vorzüglich wenn der die andere Meinung vertheidigende, vielleicht weit gründlichere Sachverständige seine Ansicht mit einer gewissen Befangenheit vorträgt.

die Ausübung der gerichtlichen Medicin in den verschiedenen Kreisen angestellt, theils für eine solche Anordnung des Verhältnisses der Sachverständigen und Richter gesorgt werde, bei welchem am meisten erwartet werden kann, daß den Sachverständigen die Möglichkeit gewährt wird, ein gründliches Gutachten nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles zu geben und der Richter die besten Materialien erhält und in den Stand gesetzt ist, gehörig dieselben zu prüfen. Gar Vieles ist in diesen Beziehungen noch zu beklagen. Die Zahl der Männer, welche auf Universitäten die gerichtliche Medicin mit Auszeichnung lehren, wird immer kleiner; jüngere Männer, die sie lehren, werden nicht gehörig aufgemuntert und in die Lage gesetzt sich künftig praktisch auszubilden und das wahre Bedürfniß zu erkennen. Das nahe liegende Mittel, daß an Universitäten ein wissenschaftlich gebildeter ausgezeichneter Gerichtsarzt angestellt wird, der zugleich Lehrer der gerichtlichen Medicin ist, wird selten gewählt. Die Nothwendigkeit, daß der Lehrer der gerichtlichen Medicin eben so die juristischen Beziehungen und die Bedürfnisse kenne, um beurtheilen zu können, welcher Materialien der Richter bedarf, als er mit den Fortschritten der Wissenschaft genau vertraut seyn muß, ist nicht hinreichend erkannt. So befriedigt häufig die Behandlung der gerichtlichen Medicin weder den jungen Mediciner noch den Studirenden der Rechtswissenschaft. Die Mehrzahl der letzteren verläßt die Universität, ohne nur Vorlesungen über gerichtliche Medicin gehört zu haben, und kommt dann später in ihrer praktischen Laufbahn dazu, ungeschickte Fragen an den Arzt zu stellen und entweder mit den oberflächlichsten Gutachten sich zu begnügen oder zu irgend einem Lehrbuch der gerichtlichen Medicin, das sie nicht verstehen, Zuflucht zu nehmen, um den Schein sich zu geben, daß sie das gerichtliche Gutachten prüfen. Bei den Staatsprüfungen der Juristen, in

welchen häufig alle mögliche rechtshistorische Erörterungen gefordert werden, denkt man in vielen Ländern gar nicht daran, an die Candidaten auch Fragen zu stellen, um sich zu überzeugen, ob sie mit der gerichtlichen Medicin sich vertraut gemacht haben. Noch wichtiger aber wird die richtige Auffassung des Charakters der gerichtlichen Medicin und ihre gehörige Anwendung. Gewichtige Worte hat in dieser Beziehung v. Walther [14]) neuerlich gesprochen, wenn er bei Gelegenheit der Gedächtnißfeier für den großen Anatomen und Physiologen Döllinger in München bemerkte, daß dieser Gelehrte bei seinen forensischen Arbeiten [15]) von dem Grundsatze ausging, daß die gerichtliche Medicin nicht eine neben der Heilkunde bestehende, auf andern Principien als diese selbst auf Auctoritäten und der bloßen Beachtung der Präcedentien beruhende, aus Lehrbüchern zu erlernende und einen geschlossenen Kreis von vereinzelten, in einen bleibenden Canon zusammengetragenen positiven Lehrsätzen bildende Wissenschaft sey, sondern daß jeder einzelne gegebene medicinisch-gerichtliche Fall gerade so wie ein zur ärztlichen Behandlung vorliegender Krankheitsfall zu nehmen und dabei anatomisch-physiologische, pathologische, toxikologische geburtshülfliche und psychiatrische Fragen streng-wissenschaftlich gerade so als wären sie anderweitig gegeben, zu bearbeiten und erst die applicativen Folgerungen aus der rein doctrinellen Untersuchung dem Cognitionsbedürfnisse

14) In seiner Rede zum Andenken an J. Döllinger. München 1841. S. 103.

15) Döllinger war Mitglied des Obermedicinalausschusses in München. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat Gelegenheit gehabt, die seit 4 Jahren von dem Münchner Medicinal-Ausschuß erstatteten Superrevisionsgutachten zu lesen, und wünscht nur, daß sie veröffentlicht werden möchten, weil sie durch die treffliche Auffassung der Individualität des Falles, durch die Gründlichkeit, mit welcher die anatomischen und physiologischen Gesetze überall an die Spitze gestellt sind, sich auszeichnen.

des Richters anzupassen seyen. — Diese Bemerkungen führen zu einer tieferen Untersuchung des Wesens der gerichtlichen Medicin. Es ist nicht zu verkennen, daß man dabei von sehr verschiedenen Gesichtspunkten, von denen jeder einseitig ist, ausging [16]). Nach dem Einen ist die gerichtliche Medicin ein Aggregat von naturwissenschaftlich-medicinischen Kenntnissen, die man für den Arzt sammelt, damit er auf die Fragen des Richters antworten kann; es ist, wie mit Recht Hr. Beer sagt, ein stereotypes Convolut gewisser Sätze aus allen Zweigen der Natur- und Heilkunde, eine Sammlung von Recepten, nach welchen der gerichtliche Arzt antworten soll. — Gewiß ist eine solche Chrestomathie aus den verschiedenen Lehrzweigen der Natur- und Heilkunde nicht geeignet, dem Bedürfnisse zu entsprechen. Der Tod der Wissenschaft, insbesondere auch der gerichtlichen Medicin, ist der Mechanismus der Formulirung; die Anhänger der oben geschilderten Ansicht stellten eine große Zahl von einzelnen Sätzen und Regeln auf und generalisirten die Angaben und Erfahrungen der Aerzte; es konnte dabei nicht fehlen, daß viele veraltete, durch die rastlos fortschreitende Wissenschaft jetzt als irrig nachgewiesene, zur Zeit als das Lehrbuch über die gerichtliche Medicin geschrieben wurde, für ausgemacht betrachtete Behauptungen aufgenommen wurden, welche dann der Gerichtsarzt in jedem ihm vorkommenden Falle, der unter die aufgestellte Kategorie paßte, anwendete und nach denen der Richter die Gutachten der Aerzte prüfte. Statt zu individualisiren und so jeden einzelnen Fall eben so als Gerichtsarzt aufzufassen, wie ihn der Arzt prüft, wenn er an das Krankenbett gerufen ist (um mit der Verschiedenheit des Standpunkts des zur Heilung geru-

---

16) Richtig gewürdigt hat sie Beer in dem (oben unter Nr. 18. angeführten) Aufsatze S. 581.

fenen und des von dem Richter befragten Arztes), gewöhnte man sich, in der aufgestellten Chrestomathie und in den dort angegebenen Sätzen den Schlüssel zu suchen, um die Frage beantworten zu können. Bei einer solchen Verfahrungsweise mußten die Antworten eben so mechanisch, in allgemeinen Ausdrücken sich halten, häufig unwahr (weil sie mit den Fortschritten der Wissenschaft und mit der Individualität des Falles oft im Widerstreit waren), dem Richter unverständlich und dem Bedürfnisse nicht entsprechend seyn. — Ein andrer Standpunkt der gerichtlichen Medicin war der: daß man sie mehr formell auffaßte, und in der Formenlehre, die man aufstellte, eine Anweisung gab, wie der gerichtliche Arzt in den verschiedenen Vorfällen, z. B. bei der Section, bei Vergiftungen, sich zu benehmen habe. Man schrieb gewisse Fragen vor, welche der Gerichtsarzt beantworten mußte. Selbst neue Gesetzbücher glaubten durch Feststellung solcher Fragen und Normen dem Bedürfnisse der Richter am besten abhelfen zu können; allein der Nachtheil, den alle Formvorschriften leicht haben können, trat auch hier ein; die Aerzte glaubten allen Forderungen Genüge geleistet zu haben, wenn sie nur an die allgemeinen Vorschriften sich hielten; die gerichtliche Medicin wurde auf diese Weise formell und mechanisch betrieben.

Fragt man um das wahre Wesen und die Aufgabe der gerichtlichen Medicin, so könnte es fast scheinen, daß die Aufstellung einer besondern Wissenschaft dieser Medicin unnöthig und selbst vergeblich ist. Der tüchtige Arzt, wenn er von dem Richter in gerichtlichen Fällen zum Gutachten aufgefordert wird, weiß, wie man oft behauptet, ohne daß er eine Anleitung in einer besondern Vorlesung erhalten hat, wie er sich zweckmäßig benehmen soll; die Fälle seiner wissenschaftlichen

Kenntnisse und seiner Erfahrungen werden ihn am besten in den Stand setzen, dem Richter die geeigneten Antworten zu geben. Wir können dieser Ansicht nicht beistimmen, und sind überzeugt daß, wenn auch einzelne glückliche Naturen, große geniale Aerzte, welche in jeder Lage des Lebens sich selbst Bahn brechen und das Rechte treffen, auch in den Fällen der gerichtlichen Medicin sich trefflich benehmen werden; allein solche Männer bilden nicht die Regel; es kommt bei der richtigen Stellung des gerichtlichen Arztes darauf an, daß er den Vorrath seines Wissens und seiner Erfahrungen zweckmäßig anwende, damit sein Gutachten dem Bedürfnisse des Richters entspreche. Dies aber setzt voraus, daß der Sachverständige das Bedürfniß des Richters kenne und daß er weiß, was er und wie er seine Forschungen in der Anwendung auf den einzelnen Fall benutzen soll. Mit Recht bezeichnet Beer [17]) die gerichtliche Medicin als die Wissenschaft, welche lehrt, auf welche Weise und nach welchen Grundsätzen man in jedem Falle zum Behufe der Rechtspflege und zur Ausmittelung der Wahrheit die auf Erfahrung gegründeten Wahrheiten aus dem Gebiete der Natur- und Heilkunde praktisch anwenden kann und nach den bestehenden Gesetzen anwenden soll [18]). Es kann nichts unnatürlicher und gefährlicher seyn, als wenn die gerichtliche Medicin sich einbildet, daß sie ein bestimmtes Maaß von Kenntnissen aus dem Gebiete der Natur- und Heilkunde zur Verfügung der Rechtspflege aufstellen soll. Die Ergebnisse der Natur- und Heil-

---

17) In der Zeitschrift a. a. O. S. 583.

18) Devergie in der Einleitung zu seiner médecine légale nennt die médecine légale l'art d'appliquer les documens, que nous fournissent les sciences physiques et medicales à la confection des loix, à la connaissance et à l'interpretation de certains faits en matière judiciaires.

kunde in ihrer ganzen unendlichen Fülle müssen dem Richter oder dem von dem Richter befragten Arzte zu Gebote stehen; die gerichtliche Medicin muß den Besitz dieser Kenntnisse bei dem gerichtlichen Arzt voraussetzen, sie will ihm nur möglich machen, auf die beste Weise in dem einzelnen ihm vorliegenden Falle die Wahrheit zu benutzen, die Fragen, auf deren Beantwortung es ankommt, zu verstehen, und dem Bedürfnisse des Richters gemäß zu beantworten. Kein noch so dickleibiges Handbuch der gerichtlichen Medicin kann den gerichtlichen Arzt erst tüchtig machen und ihm die Materialien geben, welche er zur Bearbeitung seiner Gutachten nöthig hat; er muß zuvor schon ein tüchtiger Arzt, ein vorzüglicher Geburtshelfer seyn und durch Selbststudium und Erfahrung die Wahrheiten, die er zur Beantwortung der Fragen in einem gerichtlichen Falle braucht, sich verschafft haben; aber die Kunst der besten Anwendung [19]) muß er durch die gerichtliche Medicin erhalten. Die Aufgabe der Wissenschaft der gerichtlichen Medicin ist, zugleich das Ergebniß aller Forschungen der Natur- und Heilkunde zu prüfen, mit der Rücksicht, was nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft als ausgemacht, oder als im hohen Grade wahrscheinlich oder nur als zweifelhaft zu betrachten ist, welche (sorgfältig zu sichtenden und prüfenden) Erfahrungen zum Grunde gelegt werden können, alles dies mit der beständigen Rücksicht auf das Bedürfniß der Rechtspflege in den einzelnen Lehren, in welchen der Arzt zur Begutachtung berufen ist. Daraus ergiebt sich, daß die gerichtliche Medicin eben so auf dem Höhepunkte der Forschungen der Natur- und Heil-

---

19) Taylor in seinem Manual of medical jurisprudence (s. oben Nr. 13.) definirt die gerichtliche Medicin the science wich teaches the application of every branch of medical knowledge to the purposes of the law.

kunde stehe, und man sie als dasjenige würdigen muß, was nach der Gesetzgebung dem Richter wichtig wird, um die Gewißheit und Beschaffenheit der Thatsachen herzustellen, welche unter die Gesetze subsummirt werden sollen. Versteht der Gerichtsarzt nicht, in welchem Sinne der Thatbestand der Tödtung aufzufassen ist, wozu der Richter das ärztliche Gutachten nöthig hat, um darüber zu entscheiden, ob dieser Thatbestand vorhanden und wie weit der Erfolg dem Thäter zuzurechnen ist, so wird sein Gutachten unvollständig oder irrelevant seyn, wie dies einst so häufig der Fall war, als noch irrige Ansichten über die Tödtlichkeit der Verletzungen verbreitet waren. Die gerichtliche Medicin, wie sie uns vorschwebt, wird eben so dem gerichtlichen Arzte als dem Inquirenten, dem Vertheidiger und dem urtheilenden Richter wichtig werden; denn der Erste soll durch sie in den Stand gesetzt werden, die Kunst der Anwendung der Wahrheiten und Erfahrungen seiner Wissenschaft auf einzelne gerichtliche Fälle kennen zu lernen, er soll den Maaßstab erhalten, um nach dem Bedürfnisse der Rechtspflege auf die beste Weise die ihm von dem Richter vorgelegten Fragen zu beantworten. Die mit der Ausübung der Rechtspflege beschäftigten Personen sollen erfahren, welcher Materialien der gerichtliche Arzt bedarf, um gründliche Gutachten zu geben, insbesondere welche Erfahrungen und Sätze der Wissenschaft auf die richtige Beurtheilung der einzelnen für die Rechtspflege wichtigen Thatsachen Einfluß haben, wie die Fragen an den gerichtlichen Arzt zweckmäßig gestellt werden sollen, wie nach den Fortschritten der Wissenschaft die Gutachten der Aerzte zu prüfen sind. Eine hohe Aufgabe ist nach solcher Stellung der gerichtlichen Medicin gesetzt, und der Arzt, welcher sie als Schriftsteller oder Lehrer behandelt, muß eben so mit den Fortschritten aller Zweige der Natur-

und Heilkunde vertraut seyn, selbst Erfahrung und tüchtige Bildung besitzen, um die Behauptungen und Forschungen Anderer prüfen zu können, die Gewandtheit der Anwendung der ärztlichen Wissenschaft auf gerichtliche Fälle haben, und genau das Bedürfniß des Richters, den Standpunkt und den Zweck der Rechtspflege kennen. Nicht unbemerkt darf noch bleiben, daß der Ausübung der gerichtlichen Medicin in Deutschland ein neuer Umschwung bevorsteht, und neue Forderungen, die man bisher nicht würdigte, an die gerichtlichen Aerzte ergehen. Die Zahl der Stimmen, welche die Einführung des mündlichen öffentlichen Strafverfahrens verlangen, vermehrt sich täglich; schon hat die neue badische Strafprozeßordnung auf diese Grundlagen das künftige Strafverfahren gebaut. Eine neue Stellung der in gerichtlichen Fällen zum Gutachten berufenen Sachverständigen wird dadurch begründet. Dies aber gebietet, den Blick auf die Gesetzgebungen und Erfahrungen der Länder zu richten, in welchen bereits das mündliche Verfahren besteht. In England ist Alles nur dem Gerichtsgebrauche überlassen; die Gesetzgebung sorgt nicht für die Anstellung besonderer Gerichtsärzte; die gerichtliche Medicin aber steht im hohen Ansehen in jenem Lande. Die Aussprüche der Sachverständigen, vorzüglich über Thatbestand, werden von den Geschwornen mit größerer Achtung als in Frankreich befolgt. Die Beiziehung der Aerzte in gerichtlichen Straffällen geht entweder von dem **coroner** aus, welcher bei zweifelhaften Tödtungen einen Arzt zur Todtenschau beizieht [20]), oder von dem **prosecutor** oder dem Angeklagten, der es für nöthig findet (der Erste im Interesse der Anklage, der Zweite in dem

---

20) Ueber das Benehmen des Arztes bei diesen Gelegenheiten s. **Guy principles of forensic medicine vol. I. p. 2.**

der Vertheidigung), Aerzte in die öffentliche Sitzung laden zu lassen. In der letzten Rücksicht ist es ein Hauptpunkt in den englischen Handbüchern der gerichtlichen Medicin, die Natur des medicinischen Zeugnisses zu zergliedern und die Pflichten des gerichtlichen Arztes zu schildern [21]). Manche der dort vorkommenden Anweisungen, z. B. über die Unparteilichkeit des Arztes bei seinen Gutachten, über die Pflicht, klar und bestimmt, nicht in fremdartigen Ausdrücken oder metaphorisch zu sprechen, über die Art wie der Arzt Fragen beantworten und in wiefern er Autoritäten anführen soll, verdienten auch in Deutschland mehr verbreitet zu werden [22]). Eine amtliche Thätigkeit, z. B. wie sie in Deutschland von Seite des Inquirenten vorkommt, zur zweckmäßigen Aufnahme des Augenscheins, eine genaue Protokollirung der Beobachtungen, eine Befragung höherer medicinischer Collegien in zweifelhaften Fällen, kommt in England in der Voruntersuchung gar nicht vor. Ein Glück ist es, wenn der coroner (was gewöhnlich der Fall ist) eine gewisse Uebung in der Aufnahme des Thatbestandes hat und den tüchtigsten Sachverständigen bei seiner Untersuchung beizieht, was jetzt seit der neuen Parlamentsakte leicht geschehen kann, da der coroner ermächtigt ist, den bei-

---

21) Guy l. c. p. 8. Greenleaf treatise on the law of evidence I. p. 515.

22) Ein interessanter Streitpunkt in der englischen Rechtspflege ist der, ob der in der Sitzung befragte gerichtliche Arzt Aufzeichnungen, die er sich machte, gebrauchen darf. Gerichtliche Protokolle, wie bei uns über den Augenschein und Beobachtung des Arztes, werden in England nicht angenommen. Die Privataufzeichnungen der Aerzte sind also in England sehr wichtig; allein die Richter sind strenge; wenn der Arzt erklärt, daß er die Thatsachen im Gedächtniß behalten hat und die Noten nur braucht, um sein Gedächtniß aufzufrischen, so wird ihm geglaubt. Viel darüber in Guy principles of forensic medic. I. p. 10. Taylor a manual of medical jurisprudence p. 29.

gezogenen Arzt gut zu honoriren. Die Hauptsache geschieht in Bezug auf die Aufnahme und Benutzung der sachverständigen Aussagen in der öffentlichen Sitzung. Da die englischen Richter nach herkömmlichen Beweisregeln auch diese Aussagen prüfen und die Geschwornen belehren, wie weit sie ihnen trauen dürfen, gehörige Warnungen ertheilen, da auch die Aerzte durch die von allen Seiten von dem Ankläger, dem Vertheidiger, einzelnen Geschwornen an sie gestellten Fragen genöthigt werden, umständlich und bestimmt auszusagen; so werden häufig nach dem Zeugnisse erfahrener englischer Juristen die Angaben der Aerzte in England weit mehr zur Aufhellung der Wahrheit beitragen, als dies im schriftlichen Verfahren der Fall ist.

Wenden wir uns an den Zustand der gerichtlichen Medicin in Frankreich, so ist, ungeachtet so vieler trefflichen wissenschaftlichen Arbeiten in diesem Fache, in Frankreich unter allen Verständigen nur eine Stimme, daß der Gesetzgeber ebenso sorglos für die zweckmäßigste Benutzung der gerichtlichen Medicin in der Strafrechtspflege war, als die Art der Ausübung von Seite der Aerzte und der Richter beklagenswerth ist [23]). In zwei mageren Artikeln des Code (43. 44.) wird bestimmt, daß der Beamte der gerichtlichen Polizei (dies ist häufig der Polizeicommissär, der von der Bedeutung der gerichtlichen Medicin keine Vorstellung hat, oder der Staatsprocurator) officiers de santé beiziehen soll. Diese Herren rufen entweder ihren Hausarzt oder den ihnen sonst befreundeten oder einen großen Ruf als praktischer Arzt genießenden Arzt; davon, daß man ein sehr guter behandelnder Arzt seyn und doch zum Sachverständigen nicht taugen kann, haben diese Männer keine Ahnung. Die

---

23) Einen guten Aufsatz im Droit vom 31. Oct. 1840. Nr. 264.

Folge ist, daß nach dem Zeugnisse eines erfahrenen Schriftstellers [24]) die meisten Berichte in gerichtlichen Fällen schlecht, die gemachten Sectionen oberflächlich sind, die Gutachten nichts taugen, und die Thatsachen, die für die Herstellung der Wahrheit wichtig werden könnten, nicht beobachtet werden. Mit der Wahl der in der öffentlichen Sitzung gerufenen Sachverständigen geht es nicht besser, daher tüchtige französische Aerzte wiederholt den Wunsch aussprechen [25]), daß die französische Gesetzgebung die deutschen Einrichtungen nachahmen möchte. Eine besondere Aufmerksamkeit verdient in dieser Beziehung das oben Nr. 19. angeführte holländische, von der gelehrten Gesellschaft in Utrecht mit dem Preise gekrönte Werk. Es vereinigten sich zwei gebildete Männer, ein Mediciner und ein Jurist, zur Bearbeitung eines Werkes, welches den Zweck hat, die Gebrechen der französischen (und der vielfach ihr nachgebildeten holländischen) Gesetzgebung zu zeigen und Vorschläge zur Verbesserung zu machen. Das Buch ist wegen des gründlichen Eingehens in das Detail, wegen der Sachkenntniß und der verständigen Kritik, wegen der klaren Erkenntniß des Bedürfnisses ein sehr beachtenswürdiges; die Verfasser, die mit der deutschen gerichtlichen Arzneikunde vertraut sind, machen sehr zweckmäßige Vorschläge. Sie verlangen eine zweckmäßige Organisation des gerichtlichen Medicinalwesens, Anstellung von Bezirksgerichtsärzten, die in der Voruntersuchung zu den nöthigen Handlungen gerufen werden müssen, die Anordnung eines Provinzial-Medicinalcollegiums, an welches die Gutachten der Bezirksärzte gelangen [26]). Nur

---

24) Devergie médecine légale in der introduction.

25) Z. B. Devergie in der bemerkten Einleitung.

26) Nach p. 262. soll das Provinzialcollegium das Recht haben, von dem Untersuchungsbeamten die Vernehmung von Zeugen oder der Angeschuldigten über wichtige Thatsachen zu verlangen.

Mitglieder dieses Provinzialcollegiums sollen als Sachverständige zur Aussage in der öffentlichen Sitzung berufen werden. Dem Werke ist ein Gesetzesentwurf (p. 307.) in 34 §§. über das Verhältniß der Sachverständigen in Strafsachen beigefügt. Alle Hauptfragen der gerichtlichen Medicin finden sich in dem gehaltvollen Werke, auf das wir im Verfolge unserer Darstellung zurückkommen werden, gut entwickelt. Vorzüglich dringen die Verfasser darauf, daß der Unterricht in der gerichtlichen Arzneikunde auf den Universitäten gehörig betrieben werde. Unfehlbar liegt in dem Mangel dieses Unterrichts und in der Gleichgültigkeit der Mehrzahl der Studirenden der Medicin und der Rechtswissenschaft gegen die gerichtliche Medicin ein Hauptgrund des trostlosen Zustandes derselben in Frankreich. Da die Studirenden auf Universitäten das Fach gar nicht betrieben haben, so wissen die Staatsprocuratoren, die Untersuchungsrichter, die Vertheidiger, die Friedensrichter nichts; sie sind nicht im Stande, zweckmäßige Fragen an die Aerzte zu stellen und ihre Gutachten zu prüfen. Ueber das Verhältniß der Sachverständigen ist weder von Seite der Wissenschaft noch der Gesetzgebung etwas geschehen; gewöhnlich betrachtet man sie als Zeugen [27]); was wieder zu manchen irrigen Folgerungen führt [28]). Um den traurigen Zustand der gerichtlichen Medicin in Frankreich kennen zu lernen, bitten wir die Leser, das oben Nr. 20. angeführte Werk von Barse über das Verfahren in Vergiftungsfällen (wir werden darauf unten näher zu-

---

27) Das Gesetz über den Tarif stellt die experts quand ils seront appellés en Cour d'assises *pour rendre compte de leurs opérations* den témoins gleich.

28) S. darüber Barse manuel de la Cour d'assises (s. den vollständigen Titel oben Nr. 20.) p. 348. Bedenklichkeiten gegen Gleichstellung der experts mit Zeugen s. in Bonnier traité des preuves p. 61. und Lacuisine traité du pouvoir judiciaire p. 346.

rückkommen) zu beachten, um zu erfahren, wie nachtheilig in den oben bezeichneten Fällen die Lücke in der Gesetzgebung wirkt, da die Wahl der Sachverständigen nur von dem Ermessen der in der Voruntersuchung thätigen Beamten abhängt, die nicht selten Personen (z. B. Apotheker) wählen [29]), die mit der Wissenschaft nicht vertraut sind, so daß häufig erst in der öffentlichen Sitzung durch die Wahl neuer Chemiker der Thatbestand hergestellt wird, während bei der Gleichgültigkeit und Unvollständigkeit, mit welcher in der Voruntersuchung verfahren wird, häufig den herbeigerufenen Sachverständigen die Materialien fehlen, gründliche Gutachten zu geben. Am nachtheiligsten wird die Lücke der französischen Gesetzgebung in Bezug auf die Stellung der gerichtlichen Aerzte in der öffentlichen Sitzung. Alles ist hier streitig. Schon die Frage: wer den vorzurufenden Sachverständigen zu bezeichnen hat [30]), ob insbesondere auch dem Angeklagten die Befugniß zusteht, im Interesse der Vertheidigung Sachverständige vorzurufen [31]), ist streitig. Noch schlimmer steht es mit der Frage: ob der Angeklagte die gegen ihn aussagenden Sachverständigen recusiren oder gegen sie wie gegen Zeugen Einwendungen vorbringen darf [32]), und vorzüglich, ob die vernommenen Sachverständigen beeidigt seyn müssen. Da der Code den Eid hier nicht vorschreibt und der Art. 44. nur von den experts spricht, welche in der Voruntersuchung beigezogen werden [33]); da manche Gerichte bezweifeln, ob das, was in Bezug auf Zeugen vorgeschrieben ist, auch auf die experts aus-

29) Barse manuel p. 134.

30) Lacuisine traité p. 345. will, daß nur der Präsident der Assise die vorzurufenden Sachverständigen bezeichne.

31) Der Code d'instr. Art. 321. gestattet Zeugen vorzurufen, und unter dieser Rubrik werden noch Sachverständige zugelassen.

32) Lacuisine traité p. 348.

33) Lacuisine p. 347.

gedehnt werden darf: so geschieht es häufig, daß die in der Sitzung vorgerufenen Sachverständigen nicht beeidigt werden, und der Cassationshof, da kein Gesetz die Beeidigung unter Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben hatte, das Verfahren nicht cassirt [34]).

Die bisherigen Bemerkungen mögen hinreichen, um zu zeigen, daß der Zustand der französischen Gesetzgebung in Bezug auf die Sachverständigen in Strafsachen nicht zur Nachahmung dienen kann. Wenn wir oben bemerkten, daß die Stellung der gerichtlichen Aerzte bei der künftigen mündlichen Verhandlung eine andere [35]) und weit schwierigere seyn wird als die bisherige, so ist dieser Beweis leicht. Schon dadurch, daß der Arzt, welcher in der Voruntersuchung beigezogen wurde, in der mündlichen Verhandlung vorgerufen wird und über das Ergebniß seiner Beobachtungen aussagen soll, daß oft von der Zeit, als er seine Operationen in der Untersuchung vornahm, bis zur öffentlichen Sitzung mehrere Monate verstreichen können, entsteht eine von jedem Gerichtsarzt in Frankreich bezeugte Schwierigkeit, da er über Thatsachen aussagen muß, welche er oft nicht mehr treu in dem Gedächtnisse bewahrte. Hier wird es dringend nothwendig, daß jeder Sachverständige, wenn er in gerichtlichen Fällen zur Beobachtung berufen wird, ein sorgfältiges Tagebuch halte, seine Beobachtungen darin aufzeichne, um sein Gedächtniß aufzufrischen und zuverlässig in der Sitzung aussagen zu können. Noch schwieriger wird die Lage des Gerichtsarztes, der in der Sitzung mündlich aussagen muß. Es kommt hier nicht auf ein schriftliches Gutachten an, zu dessen Bearbeitung

---

34) Morin dictionnaire du droit criminel p. 310.

35) Einige, freilich nur auf Andeutungen sich beschränkende Bemerkungen über die Stellung der Gerichtsärzte in dem mündlichen Verfahren s. in den Annalen der Staatsarzneikunde VIII. Bd. 2s Heft 1843, und in Friedreich's Centralarchiv 1. Jahrgang 1. Heft Nr. I. u. II.

der Arzt sich vorzubereiten, alle literarischen Hülfsmittel zu benutzen die Muße hat; er muß hier mündlich klar, vollständig und überzeugend seine Meinung vorzutragen im Stande seyn. Eine neue Aufforderung ergeht hier an den Arzt, die Kunst des mündlichen Vortrags auszubilden, um nicht ein feinem Rufe und dem Eindrucke seines Vortrags ein schädliches Bild eines Mannes zu geben, der durch Stottern, immerwährendes Wiederholen, Selbstverbessern oder Unklarheit den Glauben erweckt, daß er nicht überzeugt sey. Manche Freunde des Verfs., die als Gerichtsärzte in öffentlichen Sitzungen vorzutragen hatten, bezeugten, daß die Stellung des Arztes in solchen Sitzungen sogleich befriedigend, zusammenhängend und mit Gründen zu antworten sehr schwierig ist [36]). Die Schwierigkeit wächst durch das Verhältniß, nach welchem in der mündlichen Verhandlung der erschienene Arzt in jedem Augenblicke darauf gefaßt seyn muß, mit den von der andern Seite beigezogenen Sachverständigen [37]) in einen wissenschaftlichen Kampf zu treten und auf Fragen zu antworten, welche bald der Präsident, bald einer der Richter, bald der Staatsanwalt, bald der Vertheidiger an ihn stellen. Eine neue Laufbahn eröffnet sich hier dem gerichtlichen Arzte. Die Mittelmäßigkeit oder die Vornehmheit, die in einen Nimbus sich hüllt, oder Gelehrsamkeit, die nur mit Autoritäten blenden will und oft den Wald vor Bäumen nicht sieht,

---

36) Die ganze Art der Gutachten muß eine andere seyn, wenn mündlich vorgetragen wird. Dem Arzte stehen dabei die literarischen Hülfsmittel nicht zu Gebote. — Muster und wahre Vorbilder solcher Vorträge finden sich in den Annales d'Hygiène légale.

37) Wenn z. B. der Arzt auf Antrag des Staatsanwalts vorgerufen ist und der Vertheidiger einen andern Arzt beiruft. Lacuisine in seinem traité p. 345. spricht hier von der Sitte de la défense de combattre par des hommes de la prédilection ou des consultations mendiées l'autorité d'un premier examen.

kommen hier nicht zum Ziele. Es bedarf großer Tüchtigkeit, die auch durch die noch so gewandt vorgetragenen Gegengründe sich nicht irre machen läßt und die vorgetragene Meinung rechtfertigt; es bedarf der Geistesgegenwart, welche durch unerwartet vorgetragene Einwendungen oder schlau gestellte Fragen nicht in Verlegenheit geräth; es bedarf des praktischen Sinnes und der Klarheit des Wissens, die das Rechte zu treffen, den Vortrag dem Bedürfnisse anzupassen und überzeugend klar und fließend zu sprechen weiß; es bedarf einer gewissen Geistesruhe, die auch bei den oft satyrischen oder leidenschaftlichen Angriffen der Gegner nicht zu heftigen unartigen Aeußerungen sich verleiten läßt, vielmehr durch die Würde und die Gründlichkeit der Erwiederung den Gegner entwaffnet. Möchten diese, aus langer Beobachtung der Stellung gerichtlicher Aerzte in Ländern, in denen mündliches Verfahren besteht, geschöpften Bemerkungen den Gesetzgebern, höheren Staatsbeamten und gerichtlichen Aerzten die schwierige Stellung klar machen, in welche die neue Gesetzgebung die Sachverständigen versetzt!

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Ergebnisse der Forschungen im Gebiete der gerichtlichen Medicin an keine Landesgränzen gebunden sind, und im großen Reiche der Wissenschaft das, was in einem Lande zu Tage gefördert wird, der Welt angehört. Unsere Leser werden sich aus dem Verzeichnisse der am Eingang dieses Aufsatzes aufgeführten Schriften überzeugt haben, daß die Wissenschaft der gerichtlichen Medicin in allen Ländern große Fortschritte macht. Ehe wir zur prüfenden Darstellung übergehen, was in den Hauptlehren der gerichtlichen Arzneikunde durch neue Forschungen geleistet ist, z. B. in Bezug auf die Lehre von der Tödtlichkeit der Verletzungen, Kindesmord, Giftmord, Zurechnung u. a., sey es erlaubt, die oben angeführten Schriften ihrem Werthe nach zu charakterisiren.

Wir setzen die früheren Leistungen z. B. von Henke, von Wildberg, Mende, Meckel, Bernt, Eggert u. A. als bekannt voraus und halten uns nur an die Neueren. — Hier machen wir zuerst auf Zeitschriften für gerichtliche Medicin aufmerksam. Das reichhaltigste Material liefern die oben unter Nr. 10. genannten Annales d'Hygiène légale. In Bezug auf die Giftlehre in gerichtlicher Hinsicht enthält die Zeitschrift die wichtigen Forschungen von Orfila (wir werden unten davon handeln). Eine Zierde der Zeitschrift bilden die Aufsätze von Ollivier d'Angers; dieser Mann, der erst vor einigen Monaten durch den Tod entrissen wurde, gehörte zu den genialsten und tüchtigsten Gerichtsärzten. Seine Vorträge in den Gerichtsverhandlungen waren Meisterwerke wegen der geistvollen Auffassung des Gegenstandes, und der klaren, gründlichen Beantwortung der Fragen. Noch in den letzten Heften der Annales finden sich treffliche Aufsätze von ihm, z. B. Band XXIX. p. 149. über Kindesmord, Band XXX. p. 352. über simulirte Krankheiten u. a. Seine merkwürdigen Aufsätze über Schußwunden werden wir in dem Verfolg unserer Darstellung anführen. Die Zeitschrift, welche am längsten in Deutschland besteht, ist die von Henke viele Jahre hindurch redigirte. Nach seinem Tode ist sie von H. Siebert (prakt. Arzte in Bamberg) redigirt. Henke hatte große Verdienste um die gerichtliche Medicin, da er vielleicht mehr als die Mehrzahl seiner Collegen mit dem Strafrechte sich gründlich bekannt gemacht hatte, das Bedürfniß des Criminalisten erkannte und so z. B. für die Lehre der Tödtlichkeit der Verletzungen und des Kindermords eine neue Bahn in Deutschland gebrochen hatte. Seine Zeitschrift lieferte alle Fortschritte der gerichtlichen Medicin, und enthielt gute Abhandlungen, freilich oft mittelmäßige Gutachten, die einzelne Gerichtsärzte erstattet hatten. Die zu große Nachsicht des Heraus-

gebers hatte oft dem Publikum Arbeiten mitgetheilt, die kaum der Aufnahme würdig waren. — H. Siebert setzt die Zeitschrift in einem würdigen Geiste fort; man findet darin viele recht gute Abhandlungen z. B. des Herausgebers (insbesondere auch über Gefängnißwesen), von Pfeufer, von Adelmann z. B. über Ecchymosen (Jahrg. 1845. Heft 1. S. 115.), manche gute Aufsätze von Vogler z. B. über Kindesmord (1845. Heft 2. nr. VIII.)[38]). Nicht weniger verdienstlich ist das oben Nr. 4. angeführte Magazin von Siebenhaar. Sehr beachtungswürdig sind darin Aufsätze von Siebenhaar (z. B. Bd. II. nr. XXIII, ein guter Aufsatz über das Daseyn eines krankhaften Triebes zur Brandstiftung), gründliche Gutachten von Martini, Clarus und Choulant (sehr wichtig insbesondere sind 4 Gutachten in Bd. III. S. 36—108. über den zweifelhaften Seelenzustand eines trunksüchtigen Mörders).

Nicht weniger verdienen die unter Nr. 8. oben angeführten Annalen der Staatsarzneikunde Empfehlung. Sie sind von drei Männern redigirt, von denen jeder vortheilhaft durch wissenschaftliche Arbeiten sich auszeichnet, und die den großen Vorzug haben, daß sie selbst als hochgeachtete Gerichtsärzte seit langer Zeit mit den Bedürfnissen der gerichtlichen Medicin vertraut sind. Es findet sich eine große Mannigfaltigkeit in den Aufsätzen, die sich auf alle Theile der Staatsarzneikunde verbreiten. Wir werden bei den einzelnen Lehren auf die darin enthaltenen Leistungen zurückkommen, und machen hier nur aufmerksam auf einige in den neuesten Bänden enthaltenen Arbeiten, z. B. von Schneider Mittheilungen aus der gerichtlichen Psychologie (Bd. IX. S. 3.), von Schürmayer über den badi-

---

38) Aufsätze, welche eine Polemik und Persönlichkeiten enthalten, sollten lieber weggelassen werden, z. B. im 33sten Ergänzungshefte Nr. 11.

schen Entwurf (IX. S. 118.); über das Recht eines Arztes, Gutachten zu verweigern (IX. S. 286.); über Bildung der Gerichtsärzte (X. S. 319.); von Hergt interessante Aufsätze über Gefängnißwesen (IX. S. 345. X. S. 225). Beachtungswürdige gerichtliche Gutachten (z. B. Bd. IX. S. 705. von Diez), über Zurechnungsfähigkeit der Selbstmörder (X. S. 209.), von Müller (in Pforzheim) über Blödsinn (IX. S. 195.), über Simulationen von Körpergebrechen (X. S. 1.). Nach einem umfassenden Plane ist noch die von Friedreich herausgegebene oben Nr. 2. angeführte Zeitschrift: Centralarchiv für die Staatsarzneikunde, angelegt. Der Wunsch des Herausgebers, welcher zu den bedeutendsten Bearbeitern der Staatsarzneikunde gehört, mit der Wissenschaft innig vertraut und durch seine Stellung als langjähriger Gerichtsarzt in der Lage ist, die Anwendung der Medicin auf gerichtliche Fälle praktisch zu kennen, geht darauf, nicht blos über die wichtigsten Lehren der Staatsarzneikunde Originalabhandlungen zu liefern, sondern Auszüge aus der neuesten deutschen und ausländischen Literatur aus allen Zeitschriften mitzutheilen, so daß Jeder leicht mit dem Zustande und den Fortschritten der gerichtlichen Medicin vertraut werden kann. Man muß dem unermüdlichen Herausgeber das Zeugniß geben, daß er sein Vorhaben gut ausgeführt und reichhaltige Materialien zweckmäßig geliefert hat. Wer es weiß, wie schwierig es ist, manche im Auslande in Zeitschriften oder als Monographieen erscheinende Aufsätze sich zu verschaffen, muß dem Verfasser dankbar für die Mittheilung seyn, z. B. des guten Aufsatzes von Malle sur les cicatrices (mitgetheilt im Centralarchiv I. Hft. 1. S. 114.), von Delasiauve de l'organisation médicale en France (Centralarchiv I. Hft. 3. S. 477.). Aus den Annales d'Hygiène légale sind viele Aufsätze mitgetheilt. Sehr lobenswerth ist es, daß der Heraus-

geber auch alle wichtigen Abhandlungen über das Gefängnißwesen mittheilt. Es ist zu beklagen, daß bisher so wenige Aerzte ihre Ansichten über Fragen mittheilen, die mit großer Vornehmheit von manchen Juristen entschieden werden, während es doch auf die Benutzung der Erfahrungen der Aerzte ankommen würde. In den neuesten Heften verdienen Empfehlung die Aufsätze über das Recht der Aerzte, Zeugschaft zu verweigern (Bd. 2. Hft. 1. S. 1—81.), ein Aufsatz des Herausgebers über den Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preuß. Staaten (Bd. 2. Hft. 1. S. 19. mit sehr beachtungswürdigen Bemerkungen). Wir wünschen der Zeitschrift einen guten Fortgang, und vorzüglich auch, daß die Juristen besser, als sie es bisher gethan haben, die Gelegenheit benutzen, durch das Studium von gerichtsärztlichen Zeitschriften mit den Fortschritten der gerichtlichen Medicin sich bekannt zu machen. — Ein interessantes Werk ist das oben Nr. 6. angeführte: Gerichtlich-medicinische Klinik von Schürmayer. Wenn es richtig ist, daß die gerichtliche Medicin die Wissenschaft der Anwendung der allgemeinen Wahrheiten der Natur- und Heilkunde ist, so muß vorzüglich ein Werk willkommen seyn, welches die Anleitung zur Anwendung giebt und eine Art Klinik liefert, welche den noch ungeübten Gerichtsarzt aufmerksam macht, wie er in vorkommenden Fällen sich benehmen soll, um ein dem Bedürfnisse entsprechendes Gutachten zu erstatten. Der Verf. führt den Arzt in die Behandlung einzelner Fälle ein, zeigt ihm den Zusammenhang mit der Rechtspflege und mit allen Punkten, welche für den Juristen wichtig sind und die daher auch der gerichtliche Arzt berücksichtigen muß. Er wählt gewöhnlich die Form eines Examens mit dem Arzte, der gleichsam in der Lage ist, über den Fall ein Gutachten geben zu müssen, und berichtigt die verschiedenen Ansichten, die gewöhnlich aufgestellt werden; so ist z. B. S. 47 bis 62. der Fall einer

Körperverletzung behandelt; der Verf. giebt Anleitung zu dem Krankenexamen, zeigt, worauf der Arzt sein Gutachten zu richten hat, schärft überall ein, jeden Fall in concreto zu beurtheilen. Sehr gut z. B. sind S. 52. seine Erörterungen über das was Krankheit genannt werden kann. S. 81. über die Bedeutung von Störung der Gesundheit. Trefflich ist S. 203. die Entwickelung des Unterschieds zwischen dem Begriff der Lebensgefährlichkeit der Verletzungen in heilkünstlerischer und in gerichtlich-medicinischer Hinsicht. Die Warnungen, welche S. 219. der Verf. giebt, sollte jeder Gerichtsarzt und Jurist beherzigen. Sehr klar und praktisch ist die Anweisung S. 371. zur Abfassung von gerichtlichen Gutachten bei Körperverletzung von Schwangern. Auf die treffliche Erörterung über Lethalität der Verletzungen S. 393. werden wir unten zurückkommen, wenn wir die Ergebnisse der neuesten Forschungen in dieser Lehre prüfen. Jeder angehende Gerichtsarzt sollte mit dem eben geschilderten Werke sich befreunden. — Von größeren Werken, die in Deutschland in neuerer Zeit über gerichtliche Arzneikunde erschienen sind, heben wir das Nr. 1. oben genannte Handbuch von Friedreich und das unter Nr. 3. bemerkte Handbuch von Siebenhaar hervor. — Das erste ist das reichhaltigste Buch über gerichtliche Medicin, welches vorzüglich den Juristen empfohlen werden muß. Dem umfassend gebildeten, mit der Wissenschaft vertrauten Verfasser ist es leicht geworden, in jeder Lehre alle möglichen bisherigen Forschungen zu sammeln und darzustellen. Es giebt nicht leicht eine Frage in der gerichtlichen Medicin, für welche der Gerichtsarzt oder Jurist nicht eine Antwort und reichhaltigen Stoff zur Behandlung eines Falles in Friedreich's Handbuch findet. Die Lehre von dem Kindesmord, von der Tödtlichkeit der Verletzungen, über Kindesabtreibung, sind mit großer Ausführlichkeit behandelt. Wir erlauben uns nur die Bemerkung, daß oft

die Fülle des Stoffes einen wahren embarras des richesses bewirkt. Der Verfasser würde oft gut gethan haben, wenn er mehr die verschiedenen Behauptungen und Erfahrungen gesichtet und seine eigene Ueberzeugung gleichsam in einem Resumé dargestellt hätte. Namentlich führt der Verf. zuviel an, was die verschiedenen Schriftsteller sagen; der junge Praktiker ist dadurch in Verlegenheit; insbesondere hat Hr. Friedreich zuviel bei den verschiedenen Meinungen der Juristen verweilt. Manches hätte besser in den Noten vorgetragen werden können. Dieser Bemerkungen ungeachtet ist sein Handbuch sehr zu empfehlen, und nicht selten sind seine eigenen Ausführungen und Kritiken der Ansichten Anderer höchst belehrend und bewähren den tüchtigen Schriftsteller und Praktiker. Das Handbuch von Siebenhaar ist alphabetisch geordnet, so daß unter den einschlägigen Worten Jeder alle Forschungen, die sich auf die Lehre beziehen, zusammengestellt findet. Die Vollständigkeit der Literatur, die klare Darstellung der Lehre nach allen Hauptfragen, die dabei vorkommen können, geben dem Werke einen Werth für Jeden, der mit gerichtlicher Arzneikunde sich beschäftigt. Nur ist die Form der Anordnung nach einzelnen Worten oft der Bequemlichkeit, etwas zu finden, hinderlich. — Eine Empfehlung verdienen noch die unter Nr. 5. oben angeführten gerichtsärztlichen Arbeiten von Burdach. Der Verf. versteht es trefflich, den Fall in seiner Individualität aufzufassen und durch seine Bemerkungen über das nothwendige Benehmen des Gerichtsarztes und durch das Hervorheben der leitenden Gesichtspunkte die Bearbeitung der Fälle anziehend zu machen; z. B. die (S. 85—106.) mitgetheilten Fälle zur Lehre: ob Mord oder Selbstmord vorhanden war, sind sehr belehrend bearbeitet. Die Forschungen der Schriftsteller aller Länder auf dem Gebiete der gerichtlichen Medicin gehören der Welt an. Es ist interessant, dasjenige, was in Frank-

reich, Italien, England und Amerika geleistet wird, mit dem zu vergleichen, was neuerlich die Thätigkeit deutscher Gelehrten zu Tage förderte. Eine merkwürdige Uebereinstimmung der Ergebnisse der angestellten Forschungen und der Ansichten über die wichtigsten Fragen findet sich in den unabhängig von einander erschienenen Schriften der verschiedenen Länder. Wir glauben, unseren Lesern, denen die neuen italienischen und englischen Werke nicht so zugänglich sind, einen Dienst zu erweisen, wenn wir nach den Hauptrichtungen und Fragen der gerichtlichen Medicin die Ergebnisse darstellen, und vorerst die einzelnen Hand- und Lehrbücher schildern. Jedes trägt, wie sich zeigen wird, das Gepräge der wissenschaftlichen Richtung des Landes an sich, welchem der Schriftsteller angehört.

(Die Fortsetzung im nächsten Stücke.)

Druckfehler
im ersten Stücke.

S. 122. Z. 2. statt Brandenburgensis lies Bambergensis.
— 125. Z. 4. v. u. statt Unterschtiften lies Ueberschriften.

Im zweiten Stücke.

S. 297. Z. 8. statt Darsé lies Barse.

Halle,
Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1845.
Drittes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1845.



Inhalt.



Inhalt.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1845. Drittes Stück.

XII.

Der gegenwärtige Zustand der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung in Bezug auf den Zweikampf,

mit Nachweisung der Erfahrungen der einzelnen Länder

dargestellt von

Mittermaier.

Kein Verbrechen ist in einem so hohen Grade für die Gesetzgebung ein wahres juristisches Räthsel, als dies bei dem Zweikampf der Fall ist. Bei keinem tritt der Widerspruch der Gesetzgebung mit der öffentlichen Meinung stärker hervor, als bei diesem. Nicht leicht giebt es ein Verbrechen, bei welchem die Frage über das richtige Prinzip, von welchem die Strafgesetzgebung ausgehen soll, bedeutender und die Wichtigkeit einer klaren richtigen Ansicht einflußreicher wird, als bei dem Duelle. Während bei

den übrigen Verbrechen die allgemeine Stimme die Strafwürdigkeit der Handlung anerkennt, und das Strafgesetz seine eigentliche Kraft und Wirksamkeit in der mächtigen, jedem Menschen inwohnenden Stimme findet, welche die Handlung als schändlich und strafwürdig erkennt, fehlt es bei dem Zweikampf nicht an Aeußerungen höchst ehrenwerther Männer, welche den Zweikampf rechtfertigen, oder doch Vortheile desselben hervorheben, oder wenigstens ein Strafgesetz darüber für unklug halten. Selbst in neuester Zeit hat in landständischen Kammern das Duell seine Vertheidiger gefunden. Während bei anderen Verbrechen die Meisten die Bestimmtheit der Strafgesetze für wesentlich betrachten, und die freisinnigsten Personen es als nothwendig erkennen, das keine Handlung, die nicht durch ein Gesetz mit Strafe bedroht ist, mit Strafe belegt werde, giebt es Schriftsteller, welche die Bestrafung des Duells rechtfertigen, aber das Schweigen der Strafgesetzgebung darüber für Weisheit erklären. Bei anderen Verbrechen ist der Begriff, der Umfang des Verbrechens, der Kreis der Handlungen, auf welche das Strafgesetz angewendet werden soll, Jedem klar, und der Gesetzgeber schließt sich nur an das im Volke lebende, allgemein bekannte Recht an, wogegen bei dem Duelle die meisten Punkte der Begriffsbestimmung unklar sind und die Definitionen dieses Verbrechens eben so verschieden als die Fragen streitig sind, ob auch ein unter einem Mann und einem Frauenzimmer oder unter zwei Frauenzimmern nach allen Regeln vollzogener Zweikampf unter die Gesetze über das Duell subsumirt, ob auch der Versuch des Zweikampfs bestraft, wann das Verbrechen als vollendet betrachtet werden soll. Es ist nicht schwierig zu erkennen, daß noch viele Gesetzgeber, wenn sie auch das Prinzip der Gerechtigkeit als angebliche Richtschnur ihrer Strafbestimmungen anerkennen, bei dem Duell absichtlich oder bewußtlos dem Abschreckungsprinzipe

huldigen und durch die Drohung strenger Strafen von der Verübung des Zweikampfs abzuschrecken hoffen.

Betrachtet man den Zustand der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung in den einzelnen Ländern der gebildeten Welt, so verweilt der Blick nicht mit Freude bei den Erscheinungen, und schmerzlich beklagt man den noch herrschenden Widerstreit der Rechtsansichten und die Wirkungen der neuen Gesetzgebungen. In Deutschland glauben noch viele Richter in den Ländern, in welchen keine neuen Strafgesetzgebungen bestehen, wenn Duelle zur Kenntniß der Gerichte kommen (bei der Mehrzahl vorzüglich den von den Militärpersonen, oder von Männern hohen Standes verübten Duellen, oder bei Duellen, die nicht den Tod oder schwere Verwundung zur Folge haben, denkt kein Richter an die gerichtliche Verfolgung), berechtigt zu seyn, auch ohne Strafgesetz aus allgemeinen Rechtsgründen durch eine Kette von Sophismen und Sprüngen ein Strafurtheil aussprechen zu können, oder auf eine auffallende Weise das Duell unter das Strafgesetz über crimen vis zu subsumiren, oder mit Berufung auf den berüchtigten, nie im deutschen Reiche als Strafgesetz verkündigten Reichsschluß die Strafe zu rechtfertigen, oder die im Duell verübte Tödtung oder Verwundung nach dem Strafgesetze über Tödtung oder Körperverletzung bestrafen zu dürfen, jedoch nur die Vorschriften über culpose Tödtungen anzuwenden [1]. In den übrigen deutschen Staaten bestehen Strafgesetzbücher, welche das Duell als eigenes Verbrechen mit Strafe bedrohen; einige derselben, z. B. das preußi-

1) Buddeus in seinem Artikel über Duell, in der Hallischen Encyklopädie Bd. XXVIII. S. 168. Hepp Commentar zu dem Würtemberg. Strafgesetzbuch II. S. 1131. Man kann diese Ansicht, die im Duelle zugefügte Tödtung nach den Grundsätzen von culposer Tödtung zu bestrafen, als die in Ländern des gemeinen Rechts gerichtsgebräuchliche ansehen.

sche [2]), gehören einer älteren Zeit an, in welcher die Abschreckungstheorie die Strafdrohungen erzeugte, wo daher die Richter von einem besseren Gefühl geleitet sich drehen und wenden müssen, um den Widerspruch ihrer Strafurtheile mit der öffentlichen Meinung einigermaßen zu beseitigen, oder wo durch Gnade des Regenten nachgeholfen werden muß; in den meisten Ländern, z. B. im Königreich Sachsen (ebenso in Weimar, Altenburg, Meiningen), Würtemberg, Hannover, Braunschweig, Großherzogthum Hessen, Baden, sind die Strafbestimmungen über Zweikampf mehr den Forderungen der Gerechtigkeit und Strafklugheit angepaßt. Im Königreich Baiern schweigt das Strafgesetzbuch über Duell; die Gerichte müssen in den wenigen Fällen, welche wegen eines unglücklichen Ausgangs zur gerichtlichen Verfolgung kommen, sich dadurch helfen, daß sie (möglichst mit Anwendung oft sehr kühner Unterscheidungen und mit Hülfe der Anwendung des Art. 106. des baier. Strafgesetzbuchs) die Handlung unter die Gesetze über Tödtung oder Verwundung subsumiren. — In England besteht kein Strafgesetz über Zweikampf; die englischen Juristen erklären die in dem Zweikampf verübte Tödtung für Mord; von Zeit zu Zeit fängt man in schweren Fällen eine gerichtliche Untersuchung an, die regelmäßig damit endigt, daß der Angeklagte von der Jury freigesprochen wird. Der berühmte vor der Pairskammer verhandelte Prozeß gegen Lord Cardignan hat dem Skandal die Krone aufgesetzt. Die Mehrzahl der besseren Schriftsteller Englands hält ein besonderes Strafgesetz über Duell für nothwendig. In Schottland besteht ein altes Strafgesetz (von 1600), das von Zeit zu Zeit hervorgesucht wird, und eine Strafverhandlung ver-

2) Eine merkwürdige Sammlung von Rechtsfällen in Duellsachen s. in Mannkopff Jahrbücher der Criminalrechtspflege in Preußen. Berlin 1840. 1. Heft. S. 1 — 120.

anlaßt, welche ebenso mit der Lossprechung der Angeklagten endigt. In Nordamerika hat die Ansicht gesiegt, daß es besonderer Strafgesetze über Zweikampf bedürfe; in den meisten Staaten bestehen solche, und zwar mit der eigenthümlichen Richtung, daß man durch die Strafe, nach welcher der Duellant die politischen Rechte verlieren soll, abzuschrecken sucht. In Italien bestehen in Neapel, in dem Kirchenstaate, in Sardinien, in Parma eigene Strafgesetze gegen Duell, und zwar mit sehr strengen auf Abschreckung berechneten Strafdrohungen. In keinem Lande ist der Zustand der Gesetzgebung und des Rechts auffallender als in Frankreich. Während das Gesetzbuch von 1810 kein Strafgesetz über Duell enthält und von 1819 bis 1837 der Cassationshof in Paris beharrlich aussprach, daß das Duell wegen Mangels eines Strafgesetzes nicht bestraft und die im Duelle erfolgte Tödtung nicht unter die Strafgesetze über Tödtung subsumirt werden könne, begann, geleitet durch den großen Juristen Dupin, dessen Scharfsinn nie verlegen ist, mit tiefen Eindruck machenden Gründen eine Meinung zu vertheidigen, der Cassationshof vom Jahr 1837 an eine andere Rechtsprechung, und erklärte, daß die Tödtung im Duelle unter die Strafgesetze über Tödtung gestellt und darnach bestraft werden müsse. Eine auffallende Erscheinung war die Folge dieser Rechtsprechung. Mehrere Appellhöfe erkannten sie nicht an und blieben bei ihrer Ansicht, daß das Duell unter die Strafgesetze über Tödtung nicht zu subsumiren sey; in den Sprengeln der anderen Gerichtshöfe wurden Prozesse wegen der im Duell verübten Tödtungen oder Verwundungen eingeleitet; die Geschwornen aber sprachen die Angeklagten frei. In der Zwischenzeit häuften sich die Stimmen sowohl der Männer der Wissenschaft als ausgezeichneter Praktiker, welche erklärten, daß die Rechtsprechung des Cassationshofs nie zu billigen und die Erlassung eines

zweckmäßigen Duellgesetzes unerläßlich sey. Diese Stimme ist die herrschende in Frankreich, wenn auch die Deputirtenkammer 1845 nach einer nicht der Bewunderung würdigen Discussion durch die Verwerfung einer wohl begründeten Motion aussprach, daß die Vorlage eines Duellgesetzes nicht Bedürfniß sey. — Wir werden das Detail dieser Bemerkungen im Verfolge unseres Aufsatzes mittheilen. In den Ländern, in welchen das französische Strafgesetzbuch außer Frankreich Gesetzeskraft hat, wird das Bedürfniß einer besondern Duellgesetzgebung immer mehr anerkannt; in Belgien erging ein Gesetz vom 8. Januar 1841, das, wie wir nachweisen werden, sich gut bewährt. Im Königreich der Niederlande [3]), wo 1844 der Militärgerichtshof ausgesprochen hatte, daß die Strafgesetze über Tödtung keine Anwendung auf die im Duell verübte Tödtung haben könnten, erkannte dagegen der hohe Militärgerichtshof, daß die Anwendung jener Gesetze gegründet wäre [4]). In Rheinpreußen hatten schon früher die Gerichtshöfe ausgesprochen [5]), daß die Strafgesetze über Tödtung und Verwundung auch auf die im Duelle verübten Verletzungen anwendbar wären. In Rheinbaiern hatte die Anklagskammer des Appellhofs in Zweibrücken durch Urtheil vom 27. Nov. 1844 in einem Falle, in welchem einer der Duellanten verwundet wurde, die Unzulässigkeit der Anwendung der Gesetze über Verwundung ausgesprochen; der Cassationshof in München hatte auf den Grund eines sehr scharfsinnigen Vortrags des Generalprocurators die

3) Der gründliche Jurist den Tex in den **Bydragen tot regtsgeleerdheid en Wetgeving Tom. VII. p. 22 sq.** suchte zu beweisen, daß es keines Duellstrafgesetzes bedürfe.

4) In dem **regtsgeleerd Byblad tot den Bydragen 1844. p. 387.**

5) Archiv für das Civil- und Criminalrecht der preuß. Rheinprovinzen Bd. XII. S. 13.

Anwendbarkeit jener Gesetze durch Urtheil vom 29. Januar 1845 erkannt. Bei Gelegenheit der Prüfung des neuen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für Preußen erklärte Hr. Temme[7]), daß ein Strafgesetzbuch am besten das Duell ganz aus dem Gesetzbuche weglassen sollte.

Wirft man einen Blick auf die Volksansichten und Sitten in Bezug auf den Zweikampf, so kann man eine große Umgestaltung und zwar eine heilsame nicht verkennen. Nicht unbedeutend ist es, daß schon auf Universitäten, also bei denjenigen, welche die künftige in das Leben eingreifende Generation bilden werden, eine ernste Stimme gegen das Duell sich ausspricht, und Viele, denen Geist und Muth nicht abgesprochen werden kann, den Zweikampf als Vorurtheil erklären. Während noch vor 40 Jahren in allen Ständen, insbesondere unter dem Militär, Personen vorkamen, welche durch Muth im Zweikampf, Gewandtheit in der Waffenführung sich auszeichneten, bei jeder Gelegenheit Andere zum Duelle reizten, muthwillig Streit suchten, in allen Lebensverhältnissen als Händelsucher und große Duellanten sich bewährten, während solche Männer in den geselligen Kreisen geachtet waren, dürfen jetzt die Wenigen, welche noch ihren Ruhm in ihre Waffenkünste setzen, auf die allgemeine Achtung nicht rechnen. Wo noch vor mehreren Jahrzehnden derjenige, welcher im Duelle einen Andern getödtet hatte, in allen bürgerlichen Kreisen Achtung genoß und nicht selten selbst wegen seines Muthes höher geehrt wurde, durchzuckt unwillkürlich eine Scheu diejenigen, in deren Kreis ein Mann tritt, der mit dem Blute eines Andern im Duelle sich befleckte, obwohl die Verständigen in Fällen, in denen Jemand durch gewaltige Umstände zum Duelle genöthigt

7) Temme Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs II. S. 234.

wurde, und das Unglück hatte seinen Gegner zu tödten, den Unglücklichen beklagen und nicht weniger vertrauensvoll ihm die Hand drücken. Es ist schon viel gewonnen, daß die öffentliche Stimme die Ursachen des Duells, das Benehmen der Duellanten prüft, nach ihrem ganzen Charakter den Fall beurtheilt und eine schwere Mißbilligung über Duelle aus nichtigen gemeinen Ursachen und über Händelsucher und über diejenigen fällt, welche durch Zwischenträgereien und Verhetzungen Duelle begünstigen. Es ist ein Sieg der Civilisation, daß immer mehr derjenige, welcher, wenn er gefordert ist, das Duell weigert, oder im Falle erlittener Beleidigung den Weg wählt, an die Gerichte sich zu wenden, nicht verachtet wird, weil immer mehr die bessere Ansicht siegt, daß die Vollziehung eines Duells keinen Beweis des Muthes liefert. Solche Erscheinungen dürfen nicht gering geachtet werden; aber der Gesetzgeber darf sich durch sie nicht täuschen und zum Glauben nicht verleiten lassen, daß die allgemeine Stimme bereits das Duell tadelt und als strafwürdig ansieht; überall begegnet er vielmehr noch dem Kampfe der alten Ansichten mit den neuen besseren Sitten. Noch immer fehlt es nicht an Männern, welche durch moralische Kraft und Reinheit des Charakters ausgezeichnet sind, und unter Umständen, vorzüglich bei Beleidigungen, welche die zartesten Familienverhältnisse oder andere nahe angehörige Personen betreffen, zum Zweikampfe ihre Zuflucht nehmen, oder ungescheut erklären, daß sie unter gewissen Verhältnissen das Duell wählen würden. Noch immer giebt es Lagen, in welchen der würdigste Mann, welcher das Duell verabscheut, wegen seiner Weigerung, den Beleidiger zum Zweikampf zu fordern oder eine Herausforderung anzunehmen, durch die Art, mit welcher er am Hofe behandelt, von seinen Standesgenossen überall zurückgestoßen, von seinen Vorgesetzten selbst getadelt wird, unter dem

furchtbaren Drange eines moralischen Zwanges das Duell wählt, weil die Vorurtheile der Menschen, mit denen er lebt, keinen andern Ausweg ihm lassen. Noch immer finden wir ehrenwerthe Männer, welche durch die Jugendeindrücke, die sie erhielten, erzogen in Familien, in welchen stolze Väter, geleitet durch die in ihrer Jugendzeit herrschenden Ansichten, selbst vielleicht alte Duellanten und berühmte Fechter, das Duell als das beste Ehrenrettungsmittel preisen und durch die Autorität, welche sie üben, in die Herzen der jüngern Familiengenossen ein Vorurtheil einpflanzen, das um so fester wurzelt, je mehr es durch das Ansehen derjenigen geheiligt ist, welche es als Lebensweisheit predigten. Wer mag läugnen, daß ein großer Theil derjenigen, welche jetzt noch sich schlagen oder das Duell vertheidigen, verführte Personen sind, verführt durch Erziehungsvorurtheile und durch die ansteckende Luft der Standesgenossen, mit denen sie leben müssen? Kein Gesetzgeber, kein Richter darf solche Zustände verkennen. Ueberall zugleich wird immer mehr der Gesichtspunkt anerkannt, daß jede Duellgesetzgebung mit der Gesetzgebung über Ehrenverletzungen zusammenhängt. Unbezweifelt würden manche Duelle nicht Statt finden, wenn der an seiner Ehre Verletzte in der Gesetzgebung sowohl in Bezug auf die entscheidenden Gerichte, auf das eintretende Verfahren und die anerkannten Strafen einen genügenden, auch den Ansichten seiner Mitbürger entsprechenden Schutz finden würde. Alle Gesetzgebungen, welche jetzt in Europa und Nordamerika in Bezug auf den Zweikampf bestehen, lassen sich auf folgende Klassen zurückführen.

I. Einige Strafgesetzgebungen schweigen völlig von dem Zweikampf und heben ihn als eigenes Verbrechen nicht hervor.

II. Andere stellen das Duell als eigenes Verbrechen auf und drohen demselben schwere Strafen, vorzüglich nach Beschaffenheit des Ausgangs des Duells.

III. Nach anderen Gesetzbüchern wird das Duell als besonderes Verbrechen mit der Hauptrichtung bestraft, durch die Drohung des Verlusts politischer Rechte als Folge der Verurtheilung wegen Duells von der Begehung dieses Verbrechens abzuhalten.

IV. Andere Gesetzgebungen stellen die Duelle und andere Schlägereien und Raufereien auf gleiche Stufe und drohen nach der Art der entstandenen Folgen Strafen.

V. Eine andere Klasse von Gesetzbüchern erkennt, daß das Duell ein eigenes Verbrechen ist, droht aber nur mäßige und nicht entehrende Strafen, und zwar so, daß dem Ermessen der Richter ein großer Raum gegeben wird, um die Strafe im einzelnen Falle nach der Größe der Verschuldung auszumessen, und so, daß auch das Duell an sich ohne alle eingetretene Verletzung schon mit Strafe bedroht ist.

I. In Bezug auf die erste Klasse der Gesetzgebungen verdient vorzüglich die Gesetzgebung Frankreichs, Englands und Schottlands eine besondere Betrachtung. Eine feste Ansicht schien der Rechtszustand in Frankreich [8]) in Ansehung der Frage: ob das regelmäßig vollzogene Duell, oder die in einem solchen zugefügte Verletzung bestraft werden könne, durch das Arrêt des Cassationshofs vom 8. April 1819 zu gewinnen. Der geltende Code von 1810 enthielt keine Bestimmung über das Duell; die Staatsanwälte, Untersuchungsrichter und die Gerichte, welche doch wegen der in einem Duelle zugefügten Verletzung einen Duellanten gerichtlich verfolgen oder bestrafen wollten, konnten nichts anderes thun, als sich darauf berufen, daß das Strafgesetz über Tödtung und Verletzung

8) Ueber die Ansichten der französischen Gerichte und der Schriftsteller in Bezug auf Duell bis 1834 s. meinen Aufsatz in diesem Archive 1834. S. 356 bis 359.

allgemein spreche, die im Duelle verübte Verletzung nicht ausnehme und das Strafgesetz auch auf diese Art von Verletzung angewendet werden müsse. Der Cassationshof hatte dagegen in seinen Motiven anerkannt, daß das Duell eine von der Religion und der Moral gemißbilligte Handlung sey, im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft und der Familien ein Strafgesetz über Duell nothwendig wäre, die Absicht des Code pénal aber nicht darauf gehe, das Duell zu bestrafen und die in einem Duelle verübte Tödtung nie derjenigen gleichgestellt werden könne, welche durch die art. 295. 304. des Code bedroht werde. Von 1819 bis 1837 stand diese Rechtsansicht fest. Die Häufigkeit der Duelle, vorzüglich der durch die betheiligten Personen oder die Umstände, unter denen das Duell vorkam, Aufsehen und allgemeine Sympathieen erweckende Charakter einiger Duelle mögen den durch Beredtsamkeit ausgezeichneten Generalprocurator Dupin veranlaßt haben, in seinen Anträgen die Behauptung zu verheidigen, daß die in dem Duelle verübte Tödtung unter das Strafgesetz über Tödtung überhaupt subsumirt werden müsse. — Was am 21. Juni 1837 nach einer 27 Jahre hindurch festgehaltenen Lehre des Cassationshofs straflos erklärt war, wurde ohne ein neues Gesetz durch das Arrêt des Hofes vom 22. Juni 1837 als strafbar ausgesprochen. Wenn man fragte: warum? so erhielt man die naive Antwort: weil der Cassationshof seine Meinung geändert hat. Zu bemerken ist, daß drei Sätze auch von dem Cassationshofe von 1819 an bis 1837 anerkannt waren, nämlich 1) daß da, wo das Duell mit deloyauté (also auf schändliche Art mit Verletzung der Duellregeln verübt ist, die darin verübte Tödtung als Mord bestraft werden kann [9]); 2) daß die Anklagskam-

9) Arrêt vom 21. Sept. 1821.

mer die Umstände abzuwägen hat, unter welchen das Duell verübt wurde, um zu entscheiden, ob gegen den Angeschuldigten wegen des verbrecherischen Charakters seiner Handlung die Anklage zulässig sey [10]); 3) daß, wenn auch der Angeklagte von den Geschwornen als nicht schuldig erkannt wurde, dennoch das Gericht der Wittwe und den Kindern des im Duell Gebliebenen Entschädigung zubilligen könne [11]). In der Zwischenzeit erschien in Frankreich eine Art von Gesetzbuch über das Duell, nämlich eine von einer großen Zahl ehrenwerther Officiere hohen Ranges unterzeichnete Erklärung, wie bei den verschiedenartigen Duellen, wenn diese ehrenhaft seyn sollten, sich die Duellanten und Secundanten zu betragen hätten [12]). Die neue Jurisprudenz nöthigte bald zur Anwendung in Fällen, bei denen die Consequenz noch auffallender war. Man kam dazu, auch denjenigen, der im Duell seinen Gegner nur verwundete, wegen Versuchs der Tödtung verfolgen zu lassen [13]). Man sprach aus, daß der, welcher im Duell auf seinen Gegner zielt, ohne ihn zu treffen, des Versuchs der Tödtung schuldig sey [14]). Die Secundanten mußten als complices [15]) des Verbrechens der Tödtung ebenso wie diejenigen erklärt werden, welche wissentlich Waffen den Duellanten gaben oder an den Ort trugen [16]). Da die französischen Appellhöfe nicht schuldig sind, der Jurispru-

10) Arrêt vom 8. Jan. 1819.

11) Arrêt vom 29. Juni 1827. S. über diese Arrêts Dalloz Dictionnaire général de legislation, première partie. Tom. II. p. 215.

12) Dies merkwürdige Werk, das gleichsam als Code d'honneur erscheint, führt den Titel: Essai sur le duel par le C. de Chateauvillard. Paris 1836. Es enthält in einem sehr großen Detail Anweisungen für das Benehmen.

13) Arrêt vom 22. Dec. 1837.

14) Arrêt vom 22. Dec. 1837.

15) Arrêt vom 4. Jan 1839.

16) Arrêt vom 2. Febr. 1839.

denz des Cassationshofes zu folgen, so tritt die störende Erscheinung ein, daß mehrere Appellhöfe, z. B. der von Bourges, Orleans, Paris, Nancy u. A., bei ihrer früheren Ansicht blieben, nach welcher das regelmäßige Duell nicht strafbar wäre. Wer darnach in dem Bezirke von Paris im Duell seinen Gegner tödtete, war sicher, daß er nicht gestraft wurde, während der, welcher in dem benachbarten Bezirke die nämliche Handlung verübte, als strafbar erklärt wurde. Die Appellhöfe von Rouen und Angers stellten eine Mittelansicht auf, welche sich dahin neigte, die Entscheidung über das Duell an die correctionellen Gerichte zu bringen.

Im Jahr 1845 erhielt die Jurisprudenz über das Duell eine neue Fortbildung und Bestärkung. Es entstand die Frage: ob nicht derjenige, welcher einen Andern an öffentlichen Orten beleidigt und ihn dadurch zum Duell reizt, wegen Provocation strafbar werde, da er ihn bestimme, eine strafbare Handlung zu verüben. Der Appellhof in Rennes verurtheilte wirklich am 9. Juli 1844 eine Person wegen Provocation; allein der Cassationshof vernichtete am 15. Oct. 1844 [17]) wohl mit Recht dies Arrêt, da der Hof in dem Duelle nicht das besondere Verbrechen, sondern nur die darin verübte Verletzung als Gegenstand der Bestrafung betrachtete, und man nicht annehmen kann, daß der Beleidiger den Willen gehabt habe, den Andern zu bestimmen, ihn zu verwunden. Noch wichtiger wurde das Verhältniß des Secundanten. Consequent mußte man diese als complices der Tödtung bestrafen, wie dies der Cassationshof 1837 gethan hat; allein die öffentliche Stimme erhob sich mit Macht dagegen [18]); man

17) Dalloz Jurisprudence générale du Royaume. 1845. p. 59.

18) Gut Hellie Théorie du Code pénal. Vol. V. p. 287.

konnte unmöglich diejenigen, welche alles anwenden, um wenigstens die Gefahren des Duells, das sie nicht ganz verhindern konnten, als die complices der erfolgten Tödtung betrachten; man ersann Auswege und fand sie darin, daß man den Satz aufstellte: daß dann, wenn die Secundanten bis zum letzten Augenblicke Alles gethan haben, um das Duell zu hindern, sie nicht als complices bestraft werden könnten [19]).

Wir haben bereits bemerkt, daß einige Appellhöfe fortdauernd der neuen Jurisprudenz des Cassationshofes sich widersetzen; in einem neueren Falle hatte 1844 der Gerichtshof von Paris durch sein Arrêt de non lieu sein Beharren auf der früheren Ansicht ausgesprochen; nachdem dies Arrêt cassirt und die Sache an den Appellhof von Orleans gewiesen war, dieser Hof aber eben so ausgesprochen hatte, daß kein Grund zum Einschreiten wegen Duells vorliege, kam die Frage durch den eingelegten Recurs wieder an den Cassationshof. Der Generalprocurator Dupin sprach in seinem requisitoire [20]) sein Bedauern darüber aus, daß man immer wieder auf die nämlichen Lehren zurückkommen müsse, und hoffte, wie er sagte, von dem bon sens public und dem bon esprit der Appellhöfe, daß sie sich an die Jurisprudenz des Cassationshofs anschließen würden. Hr. Dupin macht geltend, daß 1791 die Gesetzgebung alle Privilegien vernichtete, und daß, indem man die durch das Edict für die Duelle der Adeligen eingeführten Ausnahmsgerichte und besonderen Strafgesetze aufhob, das Duell in den Kreis des gemeinen Rechtes trat und die im Duell ver-

---

19) Dies erkannte der Appellhof in Paris, und der Cassationshof verwarf die dagegen eingelegte Cassation vom 4. Januar 1845. Dalloz Jurisprudence 1845. p. 61.

20) S. darüber und das Arrêt des Cassationshofs Dalloz Jurisprudence 4. Heft. 1845. p. 135.

übten Tödtungen durch die gewöhnlichen auf die Tödtung sich beziehenden Strafgesetze, welche keine Unterscheidungen machten, getroffen wurden. Nach Dupin's Ansicht bestand nach dem Senatusconsult von 1807 eine Gesetzgebungscommission, die die Gesetzesentwürfe vorbereitete, ihren Bericht in Gegenwart der Redner des Staatsraths erstattete, so daß diese die Commission widerlegen konnten. Erfolgte kein Widerspruch, so galt nur die Ansicht der Commission als Grundlage, daher nach Dupin's Meinung die Berichte jener Commission, wenn sie von den Rednern der Regierung nicht widersprochen wurden, das exposé des motifs ergänzten und als unzweideutige Beweise des Geistes galten, in welchem der Gesetzesentwurf redigirt und angenommen wurde. Dupin beruft sich nun auf die bekannten Aeußerungen von Mouseignat, der damals in der Gesetzcommission erklärte, daß man das Duell unter den allgemeinen Strafgesetzen im Entwurfe habe begreifen wollen. Nach dem Ausspruch des Staatsraths Treilhard wollte man damals dem Duell nicht die Ehre erweisen, es im Gesetzbuch zu nennen. Nach Dupin ist die Absicht des Gesetzgebers klar, daß das Duell unter die allgemeinen Strafgesetze über Tödtung und Verletzung gestellt werden soll. Er nennt diejenigen, welche seiner Ansicht nicht sind, partisans implicites du duel [21]); beruft sich auf die Autorität von Barbeyrac, Bacon und Blackstone, welche die englische Praxis rühmen; er tadelt den Appellhof von Orleans darüber, daß er nach seinen Motiven den Glauben erwecke, daß die

---

21) Wir fragen H. Dupin: wer die heimlichen Vertheidiger des Duells sind? ob diejenigen, welche darauf ungerechte, der Natur des Verbrechens widersprechende Strafgesetze anwenden wollen, von welchen sie, durch lange Erfahrung belehrt, wissen, daß sie nicht zur Anwendung kommen; oder diejenigen, welche gerechte, mäßige, der Schuld anpassende Strafgesetze fordern, von denen sie wissen, daß sie sicher angewendet werden?

Gesetzgeber von 1810 eine von dem Appellhofe selbst als Verletzung der Moral, Religion und der bürgerlichen Gesellschaft gebrandmarkte Handlung vergessen hätte. Er nennt die Aeußerung in den Motiven, wo der Hof von Orleans erklärt, daß die dem Duell vorausgegangene Convention die Tödtung im Duelle völlig von der gewöhnlichen Tödtung unterscheide, eine doctrine desolante et funeste, weil man darnach glauben könnte, daß man über das von dem Schöpfer uns gegebene Leben einen Vertrag eingehen könne. Es ist nach Dupin unwahr, daß die jetzige Jurisprudenz des Cassationshofs unwirksam sey [22]). Der Cassationshof vernichtete durch sein Arrêt vom 25. März 1845 das Arrêt von Orleans, schloß sich in seinen Motiven an die von Dupin vorgebrachten Gründe an, und erklärte unter andern, daß, wenn man mit dem Hofe von Orleans auf die dem Duelle zum Grunde liegende Convention sich beziehe, dies ein renversement de la société seyn würde; ce serait reconnaître, heißt es, à chacun le droit de se faire justice à soi même, lorsque c'est un axiome fondamental de nôtre droit public, que la justice est la dette du pays tout entier, et qu'elle ne peut émaner que du Roi. — Zur Ergänzung der legislativen Ansichten in Frankreich über das Duell muß noch die in der Deputirtenkammer 1845 Statt gefundene Verhandlung über die Motion von Taillandier und Dozon in Bezug auf das Duell erwähnt werden. Zwei ehrenwerthe Abgeordnete, Hr. Dozon und Taillan-

---

22) Es heißt: En obligeant à la poursuite du crime, à la prison préventive, à la honte du procès elle (la jurisprudence) éclaire l'opinion publique, elle la moralise, elle empêche qu'on ne présente les duellistes comme des héros! et lors même qu'il y auroit déclaration des circonstances atténuantes, et acquittement, elle fait toujours, que le duel est un crime.

dier [23]), hatten am 26. April 1845 die Motion gemacht, das Duell durch ein besonderes Strafgesetz zu bedrohen, welches verschiedene Abstufungen enthielte, und die Entscheidung über das Duell an die correctionellen Gerichte verwiese. Die Antragsteller erklären, daß sie die in neuester Zeit ausgesprochene Ansicht des Cassationshofs nicht billigen könnten und überzeugt wären, daß der Code von 1810 die im Duell verübte Tödtung nicht unter die Strafgesetze über Tödtung habe stellen wollen. Wir werden auf die Gründe unten zurückkommen. Nur den wichtigen Grund, welchen sie angeben, um die Autorität der Worte von Monseignat zu schwächen, nämlich die Erklärung von Merlin, dürfen wir nicht übergehen. Merlin, der selbst damals als der Code von 1810 berathen wurde, Mitglied des Staatsraths war, bezeugt, daß nach der Vorlage des Entwurfs der Code bei dem gesetzgebenden Körper mehrere Zusammenkünfte der Mitglieder der Gesetzgebungscommission und derer des gesetzgebenden Comité des Staatsraths Statt fanden und daß bei keiner derselben von dem Duelle die Rede war. Was die Commission über das Duell sagte, war nur ihre Meinung, und diese war das Gegentheil von dem, was die Mitglieder des gesetzgebenden Comité des Staatsraths mündlich unter sich verabredeten; denn sie dachten über das Duell gleich, wollten aber das Stillschweigen der assemblée constituante über das Duell nachahmen. Die Motion hatte das Schicksal, daß sie von der Deputirtenkammer verworfen wurde. Die Discussion ist nicht erfreulich; die meisten Mitglieder schienen sehr gleichgültig. Der Justizminister vertheidigte die Jurisprudenz des Cassationshofs, fand eine neue Gesetzgebung nicht für nothwendig, und erklärte, daß auf jeden Fall eine cor-

23) Hr. Taillandier ist ein durch viele treffliche Schriften ausgezeichneter Jurist und selbst Rath am obersten Gerichtshofe.

rectionelle Strafe des Duells zu milde seyn würde. Er suchte zu beweisen, daß die jetzige Gesetzgebung keine Lücke habe und nicht ungenügend sey. Im J. 1827 kamen nach seiner Behauptung 19 Duelle, 1828. 29, 1829. 13, 1830. 20, 1831. 25, 1832. 28, 1833. 32, 1834. 23 Duelle vor; seit 1837 wäre aber die Zahl der Duelle geringer geworden: 1839 seyen nur 6 Duelle mit tödtlichem Ausgang, 1840. 3, 1841. 6, 1842. 7, 1843. 6 vorgekommen. Offenbar beweise dies, daß die neue Jurisprudenz abschreckend gewirkt habe. Hr. Taillandier griff dagegen diese Ansicht an, zeigte, daß die Verminderung der Duelle eine Folge besserer Sitten wäre, und führt aus den Tabellen nachstehende wichtige Thatsachen an. Von den Jahren 1838 bis 1843 kamen 19 Duelle, welche Tod, 14 welche schwere Verwundung zur Folge hatten, vor den Gerichten vor. 106 Personen wurden theils als Urheber, theils als Secundanten vor Gericht gestellt und von allen diesen wurde ein einziger verurtheilt; alle übrigen wurden losgesprochen. Dupin, welcher die Ansicht des Cassationshofs vertheidigte, erklärte, daß daraus wenigstens der Vortheil sich ergebe, daß weniger öffentliche Verhandlung wegen der Duelle vorkomme, daß jeder Duellant erfahre, daß die oft schlechten Motive seines Duells, sein unwürdiges Benehmen bekannt werden, daß Verurtheilung doch möglich wäre und daß die jetzige Jurisprudenz die Duelle vermindere und die öffentliche Meinung gegen die Duellvorurtheile verstärke. Fragt man, wie die Wissenschaft in Frankreich die neue Jurisprudenz des Cassationshofs aufgenommen hat, so ergiebt sich bald, daß sie dieselbe getadelt und die Unrichtigkeit der Ansicht nachgewiesen hat, und die Zeugnisse sind um so wichtiger, als die Schriftsteller der Mehrzahl nach hochgestellte Praktiker sind, welche die Wirkung der neuen Jurisprudenz gut beobachten konnten. Hr. de Vaulx,

Generaladvocat in Colmar [24]), hatte sogleich 1838 in einem in Deutschland gedruckten Aufsatze [25]) die Ansichten von Dupin auf eine würdige Weise bekämpft. Dupin baute einen Hauptgrund seiner Entwickelung darauf, daß die alte Gesetzgebung (nach dem Edict Ludwigs) eine Ausnahmsgesetzgebung gewesen sey, welche uur auf die Edelleute und die die Waffenführung als Beruf treibenden Personen anwendbar gewesen, und mit dem Gesetze von 1789 eben so wie die übrigen Vorrechte des Adels untergegangen wäre, so daß dann das Duell unter die Bestimmungen des gemeinen Rechts gefallen wäre. De Vaulx zeigte, wie wir glauben, siegreich, daß diese Voraussetzung irrig ist, daß die vor der Revolution erlassenen Vorschriften über Duell auf Bürgerliche wie auf die Adeligen gleich gingen; daß die Gesetzgeber nur in Ansehung der letzten, die am ersten von dem Duell Gebrauch machten, einige eigenthümliche bei dem Adelstande passende Bestimmungen habe geben wollen; daß, wenn man von Vorrechten (es wird gezeigt, daß keine Absicht gewesen solche einzuführen) sprechen wollte, diese auf Seite der Nichtadeligen in Bezug auf das Duell gewesen wären. Sehr gut zeigte de Vaulx, daß bei dem Code von 1791, der über das Duell schweigt, keine Absicht diese Handlung zu bestrafen zum Grunde gelegen habe [26]), und zergliedert den Gang der späteren Gesetzgebung [27]), um nachzuweisen, daß weder den Gesetzgebern Frankreichs noch den Gerichtshöfen eingefallen sey, die im Duelle verübte Tödtung wie eine außer demselben verübte

24) Er ist jetzt Generalprocurator in Martinique.

25) In der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung von Mittermaier und Zachariä. Bd. X. S. 351.

26) Zeitschrift X. S. 372.

27) Sehr gut ist auch S. 375. die Widerlegung des Schlusses, welchen H. Dupin aus den Aufzeichnungen von Lanjuinais (1790) zieht.

zu betrachten [28]). Auf ähnliche Weise erklärte sich Hr. Bodan, Generaladvocat am Appellhofe zu Rennes, schon 1838 gegen die neue Jurisprudenz des Cassationshofs [29]), zeigt, welche Nachtheile daraus entstehen werden, indem die regelmäßig erfolgende Lossprechung durch die Geschwornen die Straflosigkeit des Duells befördern wird. Bodan fordert, daß das Duell bestraft, daß es aber als ein eigenes Verbrechen ohne Rücksicht auf die eingetretenen Folgen aufgefaßt werde, er will aber den Versuch des Duells nicht bestraft wissen; die Strafe des vollendeten Duells soll nach ihm außer Gefängniß und Geldstrafe der lebenslängliche oder zeitliche Verlust der politischen und bürgerlichen Rechte und Aemter seyn. Den Geschwornen will er die Entscheidung über das Duell nicht überlassen, weil die Geschwornen, wie Bodan sagt, zu sehr von dem das Duell beschützenden Vorurtheile erfüllt seyen. Besonders kräftig hatte Helie (selbst Vorstand einer Abtheilung im Justizministerium in Paris) die neue Jurisprudenz des Cassationshofs angegriffen [30]). Auch er zeigt, daß die Behauptung irrig sey, nach welcher die Edicte vor der Revolution nur auf die Duelle der Adeligen sich bezogen hätten und durch die Revolutionsgesetzgebung alle Duelle unter das gemeine Recht, also unter die gewöhnlichen Strafgesetze über Tödtung gekommen wären; er weist nach, wie der ganze Gang der Gesetzgebung Frankreichs seit dem Code von 1791 auf die Absicht deute, das Duell als straflos zu betrachten, und widerlegt das angebliche An-

---

28) Hr. de Vaulx hebt übrigens die Vortheile des Duells zu sehr hervor und wünscht nicht, daß ein Strafgesetz darüber erlassen werde.

29) In seinem Discours vom 5. Nov. 1838.

30) Théorie du Code pénal par Chauveau Adolphe und Faustin Helie. Vol. V. p. 252—284.

sehen, welches man den Worten von Monseignat beilegen will. Daß die im regelmäßigen Duelle zugefügten Verletzungen nicht den außer denselben verübten Tödtungen und Verwundungen gleichgestellt werden könnten, steht nach Helie's Meinung fest [31]). Im gleichen Sinne äußern sich mit Ausnahme des gründlichen Criminalisten Rauter [32]) alle Schriftsteller; selbst Rauter erkennt aber, daß bei dem Duell öfter als bei anderen Verbrechen der Fall der necessité morale eintreten kann, und erwartet von dem System der milderen Umstände Abhülfe in Bezug auf Milderung der Strafen. — Dalloz [33]) spricht an mehreren Orten seine Ansicht aus, daß das Duell als ein eigenes Verbrechen mit besonderen correctionellen Strafen bedroht werden sollte. Morin [34]) erklärt seine Zustimmung zu den Ansichten von Helie. — Nougarede de Fayet [35]) widerlegt in einer kleinen Schrift die Gründe des Arrêt des Cassationshofs und zeigt, daß die neue Jurisprudenz ihren Zweck nicht erreiche. Seiner Ansicht von dem Vortheile des Duells, vorzüglich von seiner Kraft den Beleidigungen vorzubeugen, wird man weniger beizustimmen geneigt seyn. Jolly [36]) zeigt in einer von der Akademie von Chalons gekrönten Schrift den Irrthum, die im Duelle verübten Verletzungen unter die gewöhnlichen Strafgesetze über Tödtungen zu stellen, und schlägt einen ausführlichen Gesetzesentwurf in Bezug

---

31) Théorie p. 284.

32) Rauter Droit communel. II. Nr. 444.

33) Dalloz Dictionnaire géuéral et raisonnée. Tom. II. p. 215. und Supplement V. p. 564.

34) Morin Dictionnaire du droit criminel p. 284.

35) Nougarède de Fayet du duel sous le rapport de la législation et des moeurs. Paris 1838.

36) Du duel et de sa législation par Jolly. Paris 1838.

auf die Bestrafung der Duelle vor. Der Verfasser will dem Duelle, in welchem der Tod erfolgt, dem Urheber der Tödtung Strafe der Detention von 5 Jahren drohen [37]); nach der ausgestandenen Strafe tritt Stellung unter Polizeiaufsicht bis 5 Jahre ein; der Verfasser gestattet, den Urheber der Tödtung zur Entschädigung der Hinterbliebenen der Wittwe zu verurtheilen. Die Geschwornen (ihnen überläßt der Verf. die Entscheidung über die schweren Fälle) können auf das Daseyn mildernder Umstände aussprechen, in welchem Falle die Strafe herabgesetzt werden muß. Auch den Versuch des Duells will der Verf. gestraft wissen. Bei Gelegenheit eines Duellfalls 1839 erschien eine interessante Schrift von Mirabel Chambaud [38]). Sie hat den Zweck, zu zeigen, daß das Duell nach der französischen Gesetzgebung nur bestraft werden kann, wenn ein besonderes Gesetz es mit Strafe bedroht, und die Gesetzgeber in den jetzigen geltenden Gesetzen das Duell nicht unter die Strafgesetze über Tödtung gestellt haben wollten. Merkwürdig ist in dieser Schrift die Mittheilung von zwei später aufgefundenen, 1791 bald nach der Vorlage des Code von 1791 an die assemblée nationale gerichteten Briefen [39]), worin die Verff. an das von der Versammlung versprochene Duellgesetz, das sich nicht im Code von 1791 fände, erinnern, und ein solches Gesetz für nothwendig erklären. Beide Briefe wurden von der Nationalversammlung an das comité de constitution gewiesen. Es scheint hieraus hervorzugehen, daß die allgemeine Meinung war, daß der

---

37) Die Detention ist die nach dem Code für politische Verbrechen eintretetende Strafe. Der Verf. (p. 60.) rechtfertigt diese Strafart, weil das Duell wie das politische Verbrechen ein crime d'exception ist.

38) Question du duel par Mirabel Chambaud. Paris 1839.

39) p. 35.

Code von 1791 das Duell nicht mit Strafe bedrohte und daß die Nationalversammlung dies durch ihre Verweisung an das Comité aussprach [40]).

Die bedeutendste wissenschaftliche Abhandlung über das Duell und seine Strafbarkeit nach französischen Gesetzen ist die von Molénes [41]). Der Verfasser, selbst ehemals Staatsanwalt, jetzt Richter, Herausgeber mehrerer guten Schriften, hat in seiner an praktischen Bemerkungen reichen und durch würdige Ansichten über die Stellung der Staatsbehörde ausgezeichneten Schrift das Duell einer genauen Prüfung unterworfen. Er erklärt sich für die Strafwürdigkeit des gefährlichen Vorurtheils, zeigt, daß das Duell keine Vortheile habe, daß aber zur Bestrafung desselben ein besonderes Strafgesetz nothwendig sey und die von dem Cassationshof angenommene Jurisprudenz nicht gebilligt werden könne. Er findet in den Motiven des Arrêts des Hofes selbst den Ausspruch der Ansicht, daß der Cassationshof nicht an die wirkliche Verurtheilung der Duellanten durch die Geschwornen nach den Strafgesetzen über Mord glaube und nicht einmal sie wünsche. Eine Gleichstellung des Mörders, an welchen das Strafgesetz über Tödtung denkt, und desjenigen, der im Duell den Gegner tödtet, widerspricht nach den Ausführungen des Verfs. [42]) allen Rechtsgrundsätzen und dem Willen der Gesetzgeber; daher der Verf. die aus den Aeußerungen von

40) Die Schrift von Mirabel Chambaud zeigt auch p. 38 bis 45. aus der Revolutionsgeschichte, daß die von der Nationalversammlung am 17. Sept. 1792 ausgesprochene Amnestie wegen der Duelle den Zweck hatte, eines ihrer Mitglieder, Jounneau, der wegen einer Herausforderung von dem Geforderten sehr verfolgt wurde und selbst wegen Tödtungsversuchs angeklagt war, vor weiterer Verfolgung zu schützen.

41) Traité pratique des fonctions de procureur du Roi suivi d'une dissertation par la question de duel par Molénes. Paris 1833. Vol. II. p. 444 — 561.

42) p. 482 — 485.

Treilhard und Monseignat gezogenen Schlüsse widerlegt. Wollte man den Code pénal auf die Tödtungen im Duelle anwenden, so müßte man nach der Ansicht des Hrn. Molénes auch anerkennen, daß die Duellanten en état de légitime defense sich befänden, und darauf, ob sie auf widerrechtliche Weise sich in diese Lage setzten, kann nach dem Verf. nichts ankommen. Wenn der im Ehebruch mit der Gattin eines Andern Angetroffene von dem Gatten getödtet werden soll und nun sich wehrt und den Angreifer tödtet, oder ein Jäger, der auf fremdem Grund und Boden jagt, von dem Eigenthümer desselben gewaltthätig angegriffen und am Leben bedroht sich wehrt: soll man die Grundsätze von der légitime defense nicht auf diese Personen anwenden? fragt Hr. Molénes [43]). Beide sind freiwillig in die position illegale gekommen, und dennoch dürfen sie sich auf Nothwehr berufen. Sehr scharfsinnig wird entwickelt, zu welchen sonderbaren Folgerungen und Unterscheidungen die neue Jurisprudenz in Bezug auf die Strafbarkeit der Secundanten führt. Molénes schlägt selbst einen Gesetzesentwurf über Bestrafung des Duells vor. Er will schon eine Strafdrohung gegen Beleidigungen rechtfertigen, welche als indirecte Provocation zum Duell betrachtet werden können, bedroht die unmittelbare Provocation mit Gefängniß von 3—6 Monaten, und wenn sie angenommen würde, mit 6 Monaten bis 1 Jahr. Das vollzogene Duell soll mit 1 bis 5 Jahren Gefängniß, auch wenn Jemand im Duelle getödtet wurde, bestraft werden, weil der Verf. [44]) die gesetzliche Abstufung der Strafdrohungen nach dem Erfolge für ungerecht hält. Die Secundanten straft er mit Gefängniß von 2 bis 6 Monaten; selbst die Aerzte, welche

---

43) p. 524.

44) p. 546.

dem Duelle beiwohnen, sollen mit 1—3 Monaten gestraft werden [45]). Der Ausspruch, daß Milderungsgründe vorhanden seyen, soll bei den Duellen nicht Statt finden.

Fragt man nun, ob ungeachtet der bisher nachgewiesenen, die Jurisprudenz des Cassationshofs mißbilligenden Aussprüche die Rechtsansicht, welche die im Duell verübte Verletzung nach den über Tödtung oder Verwundung geltenden Strafgesetzen bestrafen will, sich rechtfertigen läßt, so stellen wir zwei Fragen auf: Ist diese Rechtsansicht nach der bestehenden Gesetzgebung gerecht? ferner: ist sie der Strafklugheit gemäß? Wir verneinen beide Fragen. Wir ehren die Gesinnungen und die Reinheit der Absichten des französischen Generalprocurators und der Mitglieder des Cassationshofs eben so wie des ausgezeichneten Generalprocurators Molitor und der Oberappellationsräthe in München, welche die Strafwürdigkeit des Duells erkennen, und in dem Gefühle des Bedauerns, daß jährlich so viele Opfer dem furchtbaren Vorurtheile fallen und durch das Duell ein empörender Zwang in alle geselligen Verhältnisse gebracht wird, die Bestrafung der Handlung herbeizuführen wünschen. Es ist nicht zweifelhaft, daß der Umstand, nach welchem in Frankreich das Vorurtheil des Duells so sehr sich verbreitete und aus den nichtswürdigsten oder völlig unbedeutenden Motiven Duelle in allen Klassen der bürgerlichen Gesellschaft erfolgten, und der vielleicht bei Manchem durch die Straflosigkeit des Duells bestärkte Glaube, daß das Duell etwas

---

45) Wenn der Verf. p. 549. als Rechtfertigungsgrund angiebt, daß die Schwierigkeit Secundanten zu bekommen möglichst vermehrt werden müsse, weil darin ein Hauptgrund der Verminderung der Duelle liegen würde, so spricht dagegen die Erfahrung, denn die Sitten sind mächtig, und Verwandte und Freunde werden sich immer finden, um als Secundanten zu dienen, weil die öffentliche Stimme diese Handlung nicht tadelt, vielmehr häufig fordert.

durch die Ehre Gebotenes, von dem Gesetze Geduldetes sey, den Cassationshof dazu brachte, durch seine Jurisprudenz die Lücke des Gesetzes auszufüllen, eine warnende Lehre den Bürgern zu geben und durch die ausgesprochene Ansicht von Duellen abzuhalten; vorzüglich, weil man durch Erfahrung über das Schicksal der vorgelegten Gesetzesentwürfe wohl wußte, daß auf dem Wege der Gesetzgebung nichts zu hoffen sey, da viele Mitglieder der Kammer, die selbst schon oft in der Lage waren, sich zu duelliren oder das Eintreten einer solchen Lage voraussahen, nicht Lust hatten, durch die Zustimmung zu einem Strafgesetze die Anwendung von Strafen gegen sich selbst herbeizuführen. — Es giebt aber keine schlimmere Sitte der Richter, als die: statt strenge an die Gesetze sich zu halten und auszusprechen, daß eine Handlung nach dem bestehenden Gesetze nicht strafbar sey, durch künstliche Wendungen mit scharfsinnigen Deductionen die Handlung, welche man bestrafen will, unter eines der Gesetze durch Anwendung der Analogie zu stellen. In einer solchen Lage befindet sich der französische Cassationshof. Wir sind überzeugt, daß der Richter, wenn er in dem Gesetzbuche seines Landes eine gewisse Handlung, deren häufiges Vorkommen der Gesetzgeber nicht mißkennen konnte, die auch nach den Ansichten des Volkes und der Gesetzgeber da, wo sie bestraft ist, als ein eigenes Verbrechen aufgefaßt wird, nicht mit Strafe bedroht findet, nicht befugt ist, Strafe auf sie anzuwenden, wenn sie ihm auch aus allgemeinen Gründen als strafwürdig erscheint. Er ist noch weniger zur Strafanwendung befugt, wo der Richter weiß, daß von jeher, insbesondere auch zur Zeit, in welcher das Gesetzbuch des Landes bearbeitet wurde, über die Strafbarkeit und insbesondere über den Umfang derselben vielfacher Streit herrschte und wo daher das Schweigen des Gesetzgebers in dem Strafgesetzbuche belehren muß, daß der Gesetzgeber

die Handlung nicht bestrafen wollte. Die aus einer solchen Handlung entstehenden Wirkungen, welche, wenn sie isolirt betrachtet würden, unter bestimmten Strafgesetzen ständen, dürfen da nicht unter die letzten subsumirt werden, wenn der Richter erkennt, daß jene Wirkungen aus der Handlung nur zufällig eintretende sind, und ihre Zurechnung nach Rechtsgrundsätzen wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit der Handlung nicht nach dem Maaßstabe geschehen kann, welcher da anzuwenden ist, wo die in Frage stehenden Wirkungen außer jener Handlung freiwillig von einer Person hervorgebracht seyn würden. Entfernt sich der Richter von diesen Grundsätzen und straft er dennoch, so maßt er sich das Amt des Gesetzgebers an und tritt aus der Sphäre des Richters heraus. Die bisherigen Erwägungen passen aber völlig bei dem Duelle, wenn von der Bestrafung desselben in Frankreich die Rede ist. Kein französischer Richter kann mißkennen, daß das Duell in Frankreich von jeher, da wo die Gesetzgeber es bestrafen wollten, als ein eigenes Verbrechen durch besondere Strafgesetze bedroht war, daß auch den Gesetzgebern, welche den Code abfaßten, das Duell als ein eigenes Verbrechen vorschweben, und die Frage: ob es bestraft werden sollte, Gegenstand einer ernsten Erwägung um so mehr seyn mußte, als immer viele Stimmen in Frankreich sogar das Duell vertheidigten, oder doch behaupteten, daß es nicht bestraft werden sollte. Der französische Gesetzgeber von 1810 konnte nicht mißkennen, daß nach dem Gange der Gesetzgebung von 1790 an, wo man immer absichtlich vermied, ein Strafgesetz über Duell zu erlassen, nach den bei so vielen Gelegenheiten in den legislativen Versammlungen vorgekommenen Aeußerungen jeder Franzose zur Annahme berechtigt war, daß, wenn der Code von 1810 das Duell nicht erwähnte, nach dem Willen des Gesetzgebers es nicht gestraft werden sollte. Keine Art

von Argumentation ist aber gefährlicher, als wenn der Richter aus den hingeworfenen Aeußerungen eines der Männer, welche an der Bearbeitung eines Gesetzbuchs Theil genommen haben, den Schluß ableitet, daß die Aeußerung den Willen des Gesetzgebers ausdrücke und als Gesetz von dem Richter befolgt werden müsse [46]). Wer an legislativen Arbeiten Theil genommen hat, weiß, wie oft die Arbeit z. B. die Motive des Entwurfs nur das Product der individuellen Ansicht des Bearbeiters sind, wie oft bei den legislativen Verhandlungen eine gewisse Aeußerung gemacht und wegen des Drängens der Zeit, oder weil man absichtlich darüber keine Discussion hervorrufen will, oder aus ähnlichen Gründen, von keinem Mitgliede der Versammlung widersprochen wird. Wer möchte glauben, daß der Richter auf den Grund einer einzelnen Aeußerung zur Anwendung einer Strafe für eine Handlung berechtigt wird, die der Gesetzgeber nothwendig, wenn er sie bestraft wissen wollte, mit Strafe ausdrücklich bedrohen mußte? Die Berufung auf Treilhard's Aeußerung ist kaum begreiflich; denn wenn dieser Staatsmann in einer vornehm klingenden hohlen Phrase bemerkt, daß man dem Duelle nicht die Ehre habe erweisen wollen, es im Gesetzbuche zu nennen, so fragt man, warum denn der Gesetzgeber weit schändlicheren Verbrechen, z. B. der Nothzucht, die Ehre erwiesen hat es zu nennen? mußte er nicht voraussetzen, daß Jeder im Volke glauben mußte, daß der Gesetzgeber das Duell, von dem er schwieg, auch in Zukunft nicht bestraft wissen wollte, wie es bis 1810 nicht bestraft war? Sein Schweigen auf eine andere Art deuten, hieße ihm die Absicht zu täuschen un-

---

46) Wir haben darüber in der Schrift: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Th. I. S. 208—220. und Th. II. S. 70 bis 72. die leitenden Grundsätze ausgesprochen.

terlegen. Betrachtet man die Worte von Monseignat, auf welche man so viel Werth legt, daß man wegen derselben sich berechtigt glaubt, plötzlich eine Handlung zu strafen, die der Cassationshof selbst von 1819 an bis 1837 für straflos nach der französischen Gesetzgebung hielt, so zeigt die Zergliederung [47]) seiner Aeußerungen eine Unklarheit des Redners; während er selbst sagt, daß die Könige Frankreichs: en outrant la sevérité des peines, ihren Zweck verfehlt hätten, thut er das Nämliche, und will bewirken, daß die Richter in Zukunft denjenigen, der im Duelle den Gegner tödtet, mit der Todesstrafe oder wenigstens mit lebenslänglicher Galeere bestrafen. Allein wir fragen ferner: wer bürgt denn dafür, daß die Ansicht von Monseignat von allen Mitgliedern seiner Commission getheilt wurde? Nur durch eine Kette von Schlüssen kommt man zur Annahme, daß, weil kein Mitglied widersprach, alle die Ansicht von Monseignat billigten. Wäre aber auch diese Annahme richtig, so folgt noch nicht, daß auch der gesetzgebende Körper eben so dachte, wie Monseignat. Auch hier muß man wieder zu Schlüssen seine Zuflucht nehmen. Ist es aber nicht Pflicht, dies Schweigen auf eine andere Weise zu erklären, nämlich weil die Mitglieder das Duell nicht erwähnen und nicht mit Strafe bedrohen wollten, da sie bei der Häufigkeit derselben in der damaligen Zeit, bei der verbreiteten Ansicht von der Erlaubtheit oder Straflosigkeit der Handlung in so mannigfaltige zarte Verhältnisse nicht eingreifen wollten? Merlin's schon oben erwähntes Zeugniß dürfte in dieser Hinsicht bedeutend seyn. Jene klugen Mitglieder des gesetzgebenden Körpers konnten doch nicht mißkennen, daß, wenn man das Duell als von selbst strafbar und unter den Strafgesetzen des Code begriffen ansehen wollte, es

---

47) Gute Zergliederung in Molénes II. p. 497 — 500.

doch der Mühe werth wäre, legislativ diese Frage: wie weit dies geschehen sollte und welche rechtliche Folgerungen daraus entstehen, einer Erwägung zu unterwerfen. Wäre die auf den Grund der Aeußerung von Monseignat angenommene Behauptung richtig, daß man ein besonderes Strafgesetz über Duell nicht für nöthig gehalten habe, weil es sich unter den allgemeinen Strafbestimmungen des Code begriffen fand, so konnten die Gesetzgeber, welche diese Ansicht billigten, es nur in dem Sinne thun, daß die im Duelle verübten Tödtungen und Verwundungen mit den in den Strafgesetzen über Tödtung und Verwundung gedrohten Strafen bestraft werden sollten. Eine flüchtige Vergleichung derjenigen, welche als Mörder oder Todtschläger dem Gesetzgeber vorschweben, wenn er ein Strafgesetz über Mord oder Todtschlag erläßt, und derjenigen, welche im Duelle den Gegner tödten oder verwunden, lehrt aber, daß eine rechtliche Gleichheit der Lage nicht vorhanden ist; nur die äußere Erscheinung in der Wirkung ist gleich. Schon die Absicht ist eine ganz andere bei dem, welcher dem Duelle sich unterwirft. Einfach zergliedert ist es eigentlich die Absicht sich zu schlagen und dem von dem Vorurtheile oder dem Zwange der Standesgenossen geforderte Ehrenrettungsmittel Genüge zu leisten. Man schlägt sich, weil man beleidigt ist, oder weil ein Anderer durch eine Aeußerung sich beleidigt hielt, und unglücklicherweise unsere Sitten die Ansicht aufstellen, daß der, welcher beleidigt oder herausgefordert ist und sich nicht schlägt, als feige und entehrt gilt. Dies ist das Gefühl der größten Zahl derjenigen, welche auf den Kampfplatz gehen. Das geregelte Duell schließt nothwendig jede gewaltthätige oder listige Rohheit und Absicht zu verletzen, ausgeübt gegen einen Unvorbereiteten und Unbewaffneten, aus, und fordert Gleichheit der Waffen, Vorbereitung und Einhaltung gewisser herkömmlichen oder ver-

abredeten Duellregeln. Wer mag behaupten, daß eine solche Lage bei dem Banditen, der seinem Schlachtopfer auflauert und Nachts den Dolch in den Nacken stößt, oder bei demjenigen, welcher seinen Feind im Schlafe durchbohrt, oder auch nur bei demjenigen eintritt, welcher schwer gereizt ein Messer ergreift und auf den unbewaffneten Beleidiger losgeht und ihn ersticht? Die im Duelle erfolgten Verletzungen sind in den meisten Fällen nur Folgen des Zufalls, wo in der Wendung der Wechselfälle das Duell einen unglücklichen, von dem der den Gegner schwer verwundet oder tödtet, nicht beabsichtigten Ausgang nimmt. Sie sind häufig selbst Werk einer Nothwehr, in welcher der Thäter sich befand, z. B. wenn, wie dem Verf. ein Fall bekannt ist, ein gewandter Fechter, welcher durch seine Standesgenossen gezwungen war sich zu schlagen, auf das Bestimmteste entschlossen war, seinem Gegner keine Verletzung zuzufügen und sich nur zu wehren, zuletzt aber, als der Andere in die furchtbarste Wuth versetzt auf eine Weise auf ihn eindrang, daß unmittelbare Lebensgefahr drohte, durch die Pflicht der Selbsterhaltung genöthigt war, den Andern zu verwunden, um der Gefahr zu entgehen. — Bei dem Duelle stehen sich zwei Personen gegenüber, welche mit freiem Willen sich in die Lage setzen, von den Waffen Gebrauch zu machen, wo bei vollkommener Gleichheit [48]) der Waffen Jeder weiß, daß es von seiner Geschicklichkeit abhängt, den Ausgang des Duells für sich unschädlich zu machen, oder wo (z. B. bei Arten von Pistolenduellen) beide Gegner auf gleiche Art dem Zufalle sich unterwerfen. Dies führt zu der Erwägung, welchen Einfluß die Convention der zwei Duellanten auf die rechtliche Beurtheilung der Handlung hat.

---

48) Wir wissen wohl, daß diese Gleichheit nicht immer vorhanden ist; allein da wo es auf Duell durch Säbel oder Degen ankommt, konnte doch Jeder sich, wenn er wollte, die Fechterkenntnisse verschaffen.

Uns scheint, daß die Motive des Cassationshofs, welche jede Rücksicht auf die vorhandene Convention verdammen, vielfach die verschiedenen Rücksichten durch einander werfen. Auch wir geben zu, daß der Gesetzgeber im Allgemeinen die Convention von zwei Personen, sich zu tödten, nicht beachten kann, um daraus Straflosigkeit der Tödtung abzuleiten, weil keine Güter, auf welche man verzichten kann, Gegenstand der Convention sind; allein jene Convention, die dem Duelle zum Grunde liegt, ist doch soweit einflußreich, daß die im Duelle verübte Tödtung nicht wie die außer demselben begangene betrachtet werden kann; denn unbezweifelt ist die Verschuldung desjenigen, welcher den Einwilligenden tödtet, weil er in seinem Bewußtseyn die Vorstellung hat, daß er hier keine Rechtsverletzung an dem Andern begeht, und nicht gegen den Willen des Andern handelt, weil er daher leicht dazu kommen kann, seine ja nach dem Wunsche des Andern verübte Handung für eine erlaubte um so mehr zu halten, als der Andere, wenn das Duell unglücklich für ihn ausfällt, es sich selbst zuschreiben mußte, daß er nicht mehr zur Abwendung des Ausgangs that, oder weil er wußte, daß eine gleiche Lage der Gefahr, ein gleiches Unterwerfen unter den Zufall für beide vorhanden war. Dies ist das Räsonnement, welches in der Seele des Duellanten vorgeht und welches ihn beruhigt, wenn der Ausgang zum Nachtheil des Gegners eintrat. Allein die Sache erhält noch eine andere Wendung. Jeder Duellant geht die Convention nicht freiwillig, sondern unter der Herrschaft eines schweren Zwanges ein, welcher die Sitten oder die Ansichten der Standesgenossen auf ihn ausüben. Zur Zeit als der Code von 1810 erschien, war dieser Zwang noch viel furchtbarer als jetzt. Wer kennt nicht Beispiele, wo z. B. bei dem Adel die Regenten demjenigen, der eine Herausforderung nicht annahm oder eine Beleidigung ruhig ertrug, bedeuten ließen, daß er

am Hofe nicht mehr erscheinen dürfe. Wer weiß nicht, wie in allen geselligen Kreisen, wenn ein solcher Mann, der ein Duell weigerte, erschien, sich alle Personen abwendeten und ihn wie einen Pestkranken flohen? Wir könnten noch einen Fall von 1840 anführen, in welchem ein junger Offizier, der wegen seiner Sittlichkeit und seiner Liebe zu den Wissenschaften von seinen Kameraden immer verhöhnt wurde, zwei Jahre lang alle Beleidigungen ruhig ertrug, endlich nach einer schweren Beleidigung von seinen Eltern und Vorgesetzten angetrieben sich schlug, aber eine geringe Form des Duells gewählt hatte, von den Vorgesetzten aber und den übrigen älteren Offizieren getadelt, zuletzt genöthigt war, auf eine schwerere der Größe der Beleidigung entsprechendere Art des gefährlichsten Pistolenduells sich zu duelliren, und nun den Gegner erschoß. Mit welchen Gefühlen erschien dieser Offizier auf dem Kampfplatz? Mußte er sich nicht selbst überreden, daß die Convention, nach welcher er handelte, seine Handlungsweise, selbst wenn er den Andern tödtete, entschuldigte? Der Gesetzgeber hat aber die Pflicht, bei der Strafdrohung die Umstände, welche bei einer gewissen Handlung nach der allgemeinen Volksmeinung das Bewußtseyn der Verschuldung bei dem Handelnden aufheben oder doch sehr vermindern, in Erwägung zu ziehen und darnach sich zu entscheiden. Nach unserer Ueberzeugung wird diese Erwägung den Gesetzgeber bestimmen, das Duell zwar mit Strafe zu bedrohen, aber nie die im regelmäßig vollzogenen Duelle verübte Tödtung unter das Strafgesetz zu subsumiren. Darf man nicht glauben, daß die Gesetzgeber von 1810 ähnliche Erwägungen kannten, und läßt sich ihnen zutrauen, daß sie dennoch das Duell unter das Strafgesetz über Tödtung subsumiren lassen wollten? Es ist unbegreiflich, wie der Cassationshof nach der oben angeführten Stelle seine Entscheidungs-

gründe in der von dem Appellhofe von Orleans aufgestellten Rücksicht auf die bei dem Duelle vorhandene Convention eine Huldigung des Satzes finden kann, daß Jeder sich selbst Recht verschaffen dürfe. Dies zu behaupten ist dem Appellhofe nicht eingefallen; er wollte durch seine Erwägung nur zeigen, daß die im Duell zugefügte Tödtung nicht wie die angesehen werden könne, auf welche das Strafgesetz über Tödtung sich bezieht. Wenn Hr. Dupin in seinem Requisitoire von 1837 anführt: „nôtre forme actuelle de législation comporte toutes les appréciations du fait; je laisse au magistrat le soin de modifier la peine suivant les circonstances"; so paßt diese Behauptung auf keinen Fall zur Gesetzgebung von 1810 [49]), welche keine Berücksichtigung der mildernden Umstände kannte, sondern nur auf das erst 1832 eingeführte System, nach welchem die Geschwornen durch ihren Ausspruch des Daseyns von Milderungsgründen bewirken können, daß die ordentliche Strafe um einen Grad oder selbst zwei Grade herabgesetzt wird; allein auch nach dieser Gesetzgebung beruht die angebliche Möglichkeit, daß die Richter nach allen Umständen die Strafe abstufen können, auf einer Selbsttäuschung; die Beurtheilung der Thatfrage steht ja den Geschwornen zu, der Richter kann darauf keinen Einfluß üben; sprechen die Geschwornen das „Schuldig" ohne den Zusatz mildernder Umstände aus, so kann der Richter, wenn die Anklage auf Mord ging [50]), nur Todesstrafe er-

---

49) Darnach blieb dem Richter nichts übrig, als bei Tödtungen im Duelle Todesstrafe oder lebenslängliche Zwangsarbeit zu erkennen. Darf man wirklich glauben, daß den Gesetzgebern vorschwebte, daß gegen die Duellanten solche schwere Strafen erkannt würden?

50) Da nach der Lehre von Hn. Dupin und dem Cassationshofe die Convention keinen Einfluß haben soll und nur die Prämeditation entscheidet, so muß consequent bei Tödtungen im Duelle die Anklage auf Mord lauten.

kennen; wurde aber auch der Zusatz des Daseyns von Milderungsgründen ausgesprochen, so kann das Gericht höchstens lebenslängliche oder zeitliche Zwangsarbeit, also eine entehrende Strafe erkennen. Wer mag glauben, daß in einem solchen Ausspruche eine gerechte Würdigung aller thatsächlichen Umstände und Ausmessung einer der Verschuldung anpassenden Strafe liegt?

Fragt man aber auch, ob dies durch die neue Jurisprudenz des Cassationshofs eingeführte System durch die Strafklugheit gebilligt werden kann, so muß man entschieden diese Frage verneinen. In ihm liegt vorerst schon die Ursache, daß Frankreich kein Duellgesetz erhält, und dies muß als ein Unglück angesehen werden. Hätte der Cassationshof 1837 auf der Ansicht von 1819 beharrt, so wäre die Straflosigkeit des Duells in allen Fällen, in denen keine déloyauté vorkam, ausgesprochen worden; diese Erscheinung aber hätte mit Macht die Gemüther der Abgeordneten ebenso wie der Mitglieder der Regierung erschüttert; Belgiens Beispiel würde für Frankreich nicht verloren gewesen seyn, und die Kraft der öffentlichen Stimme, welche ein besonderes Duellstrafgesetz forderte, würde die Gesetzgeber genöthigt haben, ein solches Gesetz zu erlassen. Fragt man aber ferner: ob diese auf Umwegen und durch kunstreiche Wendungen eingeführte Ansicht, nach welcher man den Glauben erwecken will, daß das Duell nach der bestehenden Gesetzgebung strafbar sey, heilsame Wirkungen hervorgebracht hat, so müssen wir diese in Abrede stellen. Wir behaupten, daß die neue Ansicht nichts gethan hat, um die Zahl der Duelle zu vermindern; denn wer in Frankreich nur flüchtig reist, wer mit Franzosen in Frankreich oder im Auslande zusammentrifft und über Duell spricht, bemerkt bald, daß die Meisten die neue Jurisprudenz entweder als ungerecht und dem Geiste der Gesetzgebung widersprechend, oder doch als

unzweckmäßig mißbilligen. Wie kann dies auch anders seyn, da noch immer mehrere Appellationshöfe sich beharrlich gegen den Cassationshof erklären, da die überwiegende Zahl der Advocaten die neue Jurisprudenz tadeln und die öffentlichen Blätter [51]) den gegenwärtigen Rechtszustand in Bezug auf das Duell beklagen? Unter dem Eindrucke solcher Ansichten kommen die Geschwornen in die Assisenhöfe. Daß sie in solcher Stimmung die Angeklagten freisprechen, ist begreiflich, und daß dies regelmäßig geschieht, wurde oben nachgewiesen. Wir fragen aber, ob eine Gesetzgebung oder eine Jurisprudenz weise genannt werden kann, bei welcher voraussichtlich wegen der Art der Gesetzgebung die Angeklagten freigesprochen werden, und bei welcher die Gerichtshöfe selbst nicht wünschen, daß das Gesetz wirklich angewendet werde. Es möchte nicht schwierig seyn, nachzuweisen, daß Hr. Dupin und die Mitglieder des Cassationshofs nicht wünschen können, daß die wegen Töddtung im Duelle Angeklagten [52]) als schuldig befunden werden; denn wäre dies der Fall, und müßten die Assisenrichter Todesstrafe oder lebenslängliche Zwangsarbeit aussprechen, so wäre die Verlegenheit der Richter sehr groß. Nur auf dem Wege der Gnade müßte geholfen werden, und wenn ein kräftiger, zur Galeere wegen Duells verurtheilter Mann beharrlich sich weigerte, um Gnade nachzusuchen oder sie anzunehmen, so würde die Verlegenheit der Richter und der Regierung noch gesteigert werden. Bei Gelegenheit der oben mitgetheilten Verhandlungen über die Motion von Taillandier in der Deputirtenkam-

---

51) Ein guter, mit Zartheit und Sachkenntniß geschriebener Aufsatz dieser Art findet sich in der Zeitschrift: Le droit. 1845. vom 23. März Nr. 70.

52) Die reine Thatfrage: ob der Angeklagte den Gegner tödtete, hat bei den Duellen für die Beantwortung keine Schwierigkeit, da es an Zeugen so wenig als an Geständnissen fehlt.

mer berief sich Hr. Dupin auf Vortheile der neuen Jurisprudenz, und zwar auf das Eintreten der öffentlichen Verhandlungen und die dadurch begründete Gewißheit für jeden vor Gericht gestellten Duellanten, daß die Erbärmlichkeit der Motive und die Schändlichkeit seines Benehmens in Bezug auf das Duell allgemein bekannt werden, ferner auf die Möglichkeit der Verurtheilung, die Verminderung der Duelle durch die von der Jurisprudenz bewirkten Verstärkung der öffentlichen Meinung gegen Duellvorurtheile. Zergliedert man aber diese Behauptungen, so muß man zugeben, daß die Oeffentlichkeit der Verhandlungen eben bei den Anklagen wegen Duells ein treffliches Mittel ist, weil sie die Gemeinheit mancher Duellanten, die Verdorbenheit des Gemüths, mit welcher sie jeden Versöhnungsantrag zurückweiset, die Frivolität der Ursachen, welche das Duell veranlaßten, z. B. liederliche Dirnen, Spiel u. A., und die Zwischenträgereien und Verhetzungen mancher sogenannten Freunde, so wie den aristokratischen Hochmuth Anderer aufdeckt; allein diese Vortheile würden auf ganz andere Art hervortreten, wenn auch die Verurtheilung des Angeklagten zu einer gerechten verhältnißmäßigen Strafe die Folge der Verhandlung seyn würde, während da, wo am Schlusse [53]) die Lossprechung erfolgt, der Eindruck sehr vermindert wird. Die gerühmte Möglichkeit der Verurtheilung darf nicht hoch angeschlagen werden, weil das Volk die Rechnung leicht machen kann und wohl durch ein Gesetz nicht abgeschreckt wird, von dem es durch die tägliche Erfahrung belehrt wird,

---

53) Wie häufig erscheinen vor den Gerichtsschranken wegen Duells Angeklagte, deren Verdorbenheit und Gemeinheit klar hervortritt, und die doch am Ende von den Geschwornen freigesprochen werden, weil die Strafe zu hoch erscheint, während die Geschwornen sie unfehlbar verurtheilt haben würden, wenn sie gewußt hätten, daß nach dem Gesetze eine gerechte mäßige Strafe gegen den Schuldigen ausgesprochen würde.

daß das Gesetz nicht zur Anwendung kommt. Selbst der Vortheil der öffentlichen Verhandlungen wird sehr vermindert, wenn man in Erwägung zieht, daß durch die Schlauheit des Benehmens des Angeklagten, der eine gewisse Trauer affectirt oder den Schmerz schildert, mit dem er gegen seinen Willen zum Duelle genöthigt worden sey, oder durch das kräftige Auftreten des scheinbar muthigen Mannes bei einem sentimentalen oder durch eine falsche Romantik verführten Publicum leicht ein Eindruck bewirkt wird, welcher dem Gesetze nicht günstig ist.

Die durch den Cassationshof eingeführte Jurisprudenz hat aber noch den großen Fehler, daß sie das Duell als solches gar nicht trifft, in einer großen Zahl von Duellen Straflosigkeit förmlich ausspricht, die gerichtliche Verfolgung von äußeren Umständen abhängig macht, welche nach einer weisen Gesetzgebung keinen Einfluß haben dürfen, und in der Anwendung zu den unpassendsten Folgerungen führt. Niemand kann läugnen, daß dies die Folgen der neuen Jurisprudenz sind. Im Geiste derselben kann das Duell nur Gegenstand gerichtlicher Anklage werden, soweit es unter die Strafgesetze über Tödtung oder Verwundung gestellt werden kann. Dies ist daher nur der Fall, wenn Tödtung oder Verwundung im Duelle erfolgt; auch der bisherige Gang der Rechtsprechung in Frankreich beweist, daß diese Ansicht befolgt wurde. Nur in den Fällen also, in welchen ein unglücklicher Zufall eine schwere Folge herbeiführte, wird die Handlung Gegenstand der Anklage. Wer weiß aber nicht, daß in den meisten Duellfällen nur der Zufall über die Folgen entscheidet? Das Duell selbst, jene von dem Gerichtshofe schwer gebrandmarkte, der Religion, Moral und den Interessen der bürgerlichen Gesellschaft zuwiderlaufende Handlung, jene von dem Cassationshofe als so verderblich geschilderte Convention, ist nicht bestraft. Die Mehrzahl der Duelle, in

welchen keine Verletzungen erfolgen, bleibt straflos. Die Herausforderung zum Duell ist kein Gegenstand der Strafe; dennoch erkennen alle Juristen und alle neuen Gesetzgeber, daß, wenn man das Duell bestrafen will, das Strafgesetz schon das einfache Duell ohne Rücksicht auf eingetretene Folgen mit Strafe bedrohen muß. Zwar könnte man mit der Anwendung der Strafen des Versuchs helfen; allein eben hier zeigt sich wieder, wie unpassend die neue Jurisprudenz ist. Nur von einer principlosen Willkür des Staatsanwalts, des Bezirksgerichts und der Anklagskammer würde es abhängen, ob man eine Person wegen Versuchs der Tödtung oder der Verwundung verfolgen will. Ein Maaßstab dafür, in welchen Fällen dies eintreten soll, besteht nicht, und in den Fällen, in welchen die entstandene Verwundung nur ein délit begründen würde[54]), dürfte gar nicht wegen Versuchs gestraft werden, da gesetzlich der Versuch eines délit nur strafbar in den Fällen ist, in welchen das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Am meisten zeigt sich aber die Unzweckmäßigkeit der neuen Jurisprudenz, wenn man sie auf die Mitschuldigen (complices) anwendet. Man weiß, zu welchen sonderbaren Wendungen man in Frankreich in Bezug auf die Secundanten kam; wie wird es der gesunden Ansicht des Volkes einleuchten, daß man den Secundanten, der mit Widerstreben, aber durch Bande der Verwandtschaft oder zarter Freundschaft bestimmt, einem Manne, welcher das Unglück hat im Duell seinen Gegner zu tödten, als Secundant zur Seite stand, mit der Strafe belegen soll, welche dem schändlichen Gehülfen des Mörders gedroht ist, oder daß man dem, welcher seinem Freunde Waffen zum Duelle lieh, oder ihn an den Kampfplatz in seinem Wagen fuhr,

54) Ueberall, wo die Verletzung nur Krankheit oder Berufsuntauglichkeit von 19 Tagen zur Folge hätte.

oder dem Arzte, der von den Duellanten mitgenommen wird, die Strafe des complice zufügen will?

Die bisherige Ausführung mag beweisen, daß der neuen Jurisprudenz des französischen Cassationshofs in Bezug auf die Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht unbedeutende Einwendungen entgegenstehen. Man hat in Frankreich zu Gunsten dieser neuen Jurisprudenz sich oft auf das Beispiel Englands bezogen, in welchem ebenfalls kein Duellstrafgesetz besteht und die im Duelle erfolgte Tödtung oder Verwundung nach den Strafgesetzen über Tödtung oder Verwundung verfolgt — und bestraft wird. Es ist nicht ohne Werth, die Rechtsprechung Englands und Schottlands in Bezug auf das Duell genauer zu verfolgen [55]). Unbezweifelt ist die obige Ansicht in der englischen Rechtsprechung begründet und noch der neueste Report der Gesetzgebungscommission [56]) führt sie als anerkannt an, weil durch den Consens des Verletzten zur Verletzung die Strafbarkeit des Verletzers nicht aufgehoben wird. Auch in Schottland besteht diese Ansicht [57]); wir bitten aber die Leser, auch den Zusammenhang derselben, ihren Ursprung, die gemachten Erfahrungen und die Stimmen der englischen und schottischen Juristen darüber zu hören. Wir besitzen darüber ein ausführliches in Deutschland und Frankreich unbeachtet gebliebenes Werk [58]). Der Verf. desselben giebt eine tief eingehende Geschichte des Zweikampfs und zwar zuerst des gerichtlichen, und zeigt

---

55) Meine früheren Nachweisungen über die englischen Ansichten über Duell, in diesem Archiv 1834. S. 359 – 362.

56) Fourth report of the comittee on criminal law p. XXXIX.

57) Alison principles of the criminal law of Scotland. Edinburgh 1832. pag. 53.

58) The history of Duelling. By E. G. Mellingen. 2 Vol. London 1841.

dann, wie allmählig diese Sitte aus den Gerichten verschwand, aber in dem Gebrauche insbesondere unter den vornehmen Ständen sich erhielt. Wir erfahren, daß im 16ten Jahrhundert das Unwesen der Duelle auf eine furchtbare Weise in England wuchs, daß schon die Königin Elisabeth Einschränkungen, jedoch vergeblich, versucht; daß Baco[59]) es dahin brachte, daß die berüchtigte Sternkammer die Duellanten mit Geld- und Gefängnißstrafe bestrafte. Die Duelle nahmen in England auf empörende Weise zu; je schroffer die politischen Ansichten sich entgegenstanden, desto häufiger wurde es, wegen Verschiedenheit der Meinungen, oft wegen Abstimmungen im Parlamente, sich zu schlagen; die großen Staatsmänner mußten der schlimmen Sitte sich unterwerfen, und der ausschweifende Adel Englands in der damaligen Zeit krönte seine Liederlichkeit durch Duelle; aber auch auf andere Stände verbreitete sich die Duellwuth. Aerzte schlugen sich wegen Verschiedenheit der Meinungen. Die Nachweisungen, wie die größten Staatsmänner Englands sich schlugen, sind in dem Werke von Mellingen sehr interessant. Die Juristen Englands suchten nun einigermaßen durch die Verbreitung der schon früher von manchen strengen Juristen in England aufgestellten Ansicht, daß die Tödtung im Duelle Mord sey, Abhülfe zu leisten, weil man wohl wußte, daß bei dem damaligen Zustande der Sitten auf ein zweckmäßiges Duellgesetz nicht zu rechnen seyn würde. Man rechnete dabei vorzüglich auf die Jury, welche die Umstände des Falles erwägen und nach Belieben freisprechen konnte. Wie ungenügend der dadurch herbeigeführte

59) Man hat sich auf Baco's Autorität in Frankreich berufen; allein Meltingen giebt in seinem Buche Auszüge aus den Werken von Baco, worin er allerdings gegen das Duell sich gut erklärt, aber ausdrückliche mäßige Strafen dafür fordert, und die Ansicht, daß man durch strenge Strafen wirken könne, sehr tadelt.

Rechtszustand war, mag der Umstand lehren, daß zur Zeit von König Georg III. von vielen Hundert vorgekommenen Duellen (aufgezeichnet sind 69 Personen, die im Duelle getödtet wurden) nur 18 gerichtlich verfolgt, daß nur 10 Angeklagte für schuldig befunden, davon 2 gehängt (weil sich die offenbare Verletzung aller Duellregeln ergab) und 8 zu kurzen Gefängnißstrafen verurtheilt wurden. Nach den Nachweisungen bei Mellingen wurden in England in 200 Jahren nur 20 Duellanten schuldig befunden und 4 hingerichtet (wegen nachgewiesener déloyauté bei dem Duelle); alle übrigen Angeklagten wurden freigesprochen. Auf diese Art ist, wie Mellingen erklärt, die ziemlich allgemeine Stimme in England, daß harte Strafgesetze gegen das Duell nichts taugen, und ein viele Abstufungen der einzelnen Fälle begünstigendes, mäßige Strafen drohendes Strafgesetz nothwendig sey [60]). Der neuerlich vorgekommene Fall von L. Cardignan, der von dem Oberhause freigesprochen wurde, verstärkt diese Stimme noch mehr. Die Höflichkeitsbezeugungen und Protestationen des Generalanwalts in Bezug auf den Angeklagten machen einen übeln Eindruck [61]). In Schottland hat früh die Erwägung der Lage, in welcher Duellanten sich befinden, dazu gebracht, daß zwar im Falle des unglücklichen Ausgangs eines Duells eine Anklage wegen Mordes gestellt werden kann, in der Wirklichkeit aber die Gerichte nur diejenigen Duelle verfolgen, in welchen ein unehrenhaftes Betragen des Angeklagten nachzuweisen ist. Die Jahrbücher Schottlands zeigen, daß in früherer Zeit (1667—1678) Hinrichtungen wegen Tödtung im Duelle

60) Die Nachweisungen und Vorschläge von Mellingen verdienen alle Beachtung, insbesondere auch was er von dem Urtheile der Jury sagt.

61) S. in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XVII. S. 350.

erfolgten; allein seit vielen Jahren war die regelmäßige Folge einer Anklage wegen Duells der Ausspruch der Geschwornen, daß der Angeklagte nicht schuldig sey [62]). Auf diese Art hätten wir wieder einen neuen Beweis, wie wenig ein Rechtszustand taugt, bei welchem Tödtungen oder andere Verletzungen im Duelle unter die Strafgesetze über Mord 2c. gestellt werden sollen, wie das Gesetz ohne Wirkung bleibt, weil die entschiedene Volksstimme in dem Ausspruche der Geschwornen die Ungerechtigkeit erkennt, denjenigen, welcher im regelmäßigen Duelle den Gegner tödtete, als Mörder zu betrachten.

II. Wenden wir uns zu einer andern Klasse der neueren Gesetzgebungen, welche durch strenge Strafdrohungen, die dem Duelle gedroht werden, abzuschrecken suchen, so bemerken wir, daß in diese Klasse die neapolitanische, die päpstliche und die sardinische [62 a]) Gesetzgebung gehören. In Neapel wird schon die bloße Herausforderung zum Duelle so wie die Annahme derselben mit Gefängniß von 2—5 Jahren mit Interdiction von öffentlichen Aemtern bestraft. Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher eine Herausforderung einem Andern mündlich oder schriftlich überbringt. Wer in dem Duelle seinen Gegner tödtet, wird mit der Strafe der prämeditirten Tödtung bestraft, ebenso derjenige, welcher eine Verletzung beibringt, die innerhalb 40 Tagen den Tod des Andern nach sich zieht. Wer einen Andern so verwundet, daß dieser gelähmt oder verstümmelt wird, leidet Strafe der Galeere von 13 bis 18 Jahren, und wer sich schlägt, wenn auch keine Verwundung oder Töd-

62) Nachweisungen in Alison principles of the criminal law p. 55.

62 a) Es gilt dort ein eigenes Duellgesetz vom 21. Juli 1838, mitgetheilt in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. XI. S. 72.

tung erfolgt, Galeerenstrafe von 4—12 Jahren, Verlust der Pension. Auch der im Duelle Verwundete leidet die Strafe wie derjenige, welcher ihm die Verletzung zufügte. — Nach dem neuen päpstlichen Strafgesetzbuche [63]) wird derjenige, welcher seinem Gegner im Duelle tödtet, mit dem Tode bestraft, wenn er der Herausforderer, oder wenn, obgleich er der Herausgeforderte war, 24 Stunden von der Herausforderung bis zur Tödtung verflossen. Wenn die Tödtung im Affect des Zorns vor Abfluß der 24 Stunden erfolgt, so trifft den Todtschläger Galeere von 10 bis 15 Jahren. Wenn Verwundung im Duelle erfolgt, so tritt die ordentliche Strafe dieses Verbrechens mit Erhöhung um 1 oder 2 Strafgrade ein. Die bloße Herausforderung wird mit Gefängniß von 1 bis 3 Jahren und Geldstrafe von 300 bis 1000 Scudi, und die Vollziehung des Duells (ohne alle Verletzung) mit Erhöhung der Freiheitsstrafe um einen Grad und Geldstrafe von 1000 bis 2000 Scudi bedroht. — In einem milderen Geiste [64]) (wenigstens findet man nicht mehr die Drohung der Todesstrafe), jedoch immer noch harte Strafen drohend, ist die sardinische Gesetzgebung [65]) abgefaßt. Darnach wird der Urheber einer Tödtung im Duelle, wenn er den Streit herbeiführte, welcher das Duell verursachte, mit relegazione (Einsperrung in einer Festung) bis 15, und um einen Grad geringer bestraft, wenn der Urheber nicht der Veranlasser des Duells ist, während die Strafe um zwei oder drei Grade erhöht wird, wenn der Urheber durch schwere Ehrenkränkungen das

63) Codice Gregoriano, art. 296—304.

64) Gute Bemerkungen in Buniva e Paoletti il Codice penale spiegato con annotazioni. Torino 1842. p. 213—219.

65) Art. 632—641. Das Strafgesetzbuch ist vom 26. Octbr. 1839.

Duell veranlaßte und dies in einem Zeitraum erfolgte, der nicht 24 Stunden von der Herausforderung an betrug. Wenn in dem Duelle Verwundungen erfolgten, welche nach dem Strafgesetzbuche ein Verbrechen begründen, so tritt (mit den bei der erfolgten Tödtung oben angegebenen Unterscheidungen) relegazione bis 7 Jahren und in den milderen Fällen Gefängniß ein. Bei geringeren Verwundungen werden Gefängnißstrafen nicht unter 6 Monate erkannt. Die Strafe der Eingränzung (confino) [66]) betrifft diejenigen, welche ein Duell vollziehen, wenn auch Niemand verwundet wird, und die Herausforderung oder Annahme derselben, wenn das Duell aus Ursachen unterbleibt, welche von dem Willen der Thäter unabhängig sind; ferner den Herausforderer, wenn auch die Herausforderung nicht angenommen wird. Strafen der Relegation bis 10 Jahren treffen noch die, welche auf irgend eine Art zur Herausforderung der Annahme beitragen oder dem, der sich nicht schlagen will, Verachtung ausdrücken, wenn in dem Duelle Tod oder schwere Verwundung erfolgt; in anderen Fällen trifft sie Gefängniß oder Eingränzung. Fragt man um die Wirkungen dieser Strenge, so hat den Verfasser dieser Zeilen eine genaue Erkundigung bei sachverständigen Männern in den Ländern, in welchen die Gesetze gelten, belehrt, daß überhaupt die Duellwuth in Italien nicht so wie in anderen Ländern vorkommt, daß die Sitten denjenigen, der sich nicht schlägt, in der Regel nicht tadeln, daß nur bei dem Militär und unter Fremden, wohl auch bei dem Zusammentreffen mit vornehmeren Einheimischen, Duelle vorkommen. Die Strenge der Strafbestimmungen wird ziemlich

---

66) Sie besteht nach art. 29. des Gesetzbuchs in der Verpflichtung des Bestraften, in einer bestimmten ihm angewiesenen, von dem Orte des Verbrechens, seinem bisherigen Wohnsitze und dem Wohnorte des Beschädigten 1 1/2 Miriameter entfernten Gemeinde zu wohnen.

allgemein getadelt, vorzüglich die der neapolitanischen Gesetze; die Folge ist, daß die Behörden um vorgekommene Duelle sich nicht kümmern, und daß nur bei Duellen, die großes Aufsehen erweckten und wo schwere Folgen entstanden, ein gerichtliches Einschreiten erfolgt, dies aber die Richter und die Regierung selbst in Verlegenheit bringt, weil sie bald die Unverhältnißmäßigkeit der gedrohten Strafen mit der so häufig sehr gemilderten Verschuldung im einzelnen Falle erkennen, und insbesondere es tadeln, daß die Strafdrohung zuviel auf den eingetretenen Erfolg Rücksicht nimmt, der in den meisten Fällen auf Rechnung des Zufalls geschrieben werden muß.

III. Eine besondere Klasse von Gesetzgebungen über Duell bilden die nordamerikanischen. Wir haben bereits früher [67]) in dieser Zeitschrift die Bestimmungen der damals erschienenen Gesetzbücher angegeben, und tragen nur die seit dieser Zeit ergangenen Gesetze nach. In dem Staate Mississippi bestimmt das Gesetz [68]), daß derjenige, welcher in einem außer dem Staate vollzogenen Duell seinem Gegner eine Wunde zufügt, an welcher der Verletzte innerhalb des Staats stirbt, ebenso jeder Secundant wegen Mordes in dem Staate Mississippi angeklagt und gerichtet werden soll. — Nach dem Strafgesetzbuche von Rhode-Island [69]) soll Jeder, welcher freiwillig mit tödtlichen lebensgefährlichen Waffen ein Duell vollzieht, zu Gefängniß von 1 bis 7 Jahren verurtheilt werden. Die nämliche Strafe trifft auch denjenigen, welcher einen Andern zum Duelle herausfordert oder die Herausforderung annimmt. Wer außer dem Staate seinem Gegner eine

---

67) Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834. S. 362. 365.

68) Laws of the state of Mississippi. Jackson 1839.

69) An Act of the state of Rhode-Island concerning crimes and punishments. Januar. 1838. chapter II.

Wunde, an welcher dieser stirbt, im Duelle zufügt, soll in dem Staate wegen Mordes gerichtlich verfolgt und bestraft werden. Auch der Secundant und jeder Theilnehmer an einem solchen Duelle soll als Gehülfe des Verbrechens verfolgt werden. Wir beziehen uns, um nicht zu wiederholen, auf unsere in diesem Archive in dem früheren Aufsatz über das Duell ausgesprochenen Ansichten gegen die Zweckmäßigkeit dieser amerikanischen Strafbestimmungen, welche auf zwei Grundsätzen beruhen, nämlich auf dem durch das Abschreckungsprincip dictirten Grundsatze, daß die in dem Duelle verübte Tödtung als Mord zu betrachten sey, und dem, daß der Duellant der öffentlichen Aemter und Ehrenstellen unfähig werden soll. Daß der erste Satz ein ungerechter ist, da er auf einer nie zu billigenden Gleichstellung der Tödtung im Duelle und den außer demselben verübten Arten der Tödtung beruht, wurde bereits nachgewiesen; allein auch die zweite Ansicht verdient legislativ keine Billigung. Nie wird ein Vergehen als ein entehrendes angesehen werden dürfen, welches in den Augen des Volkes nicht entehrend ist, weil das Gesetz nur der Ausdruck des vernünftigen Gesammtwillens seyn soll und kein Strafgesetz auf Wirksamkeit rechnen kann, wenn es im Widerspruche mit der allgemeinen Ansicht steht. Der Gesetzgeber wird zwar die Sitten, welche ein falsches Ehrgefühl anerkennen, nach welchem eine höchst gefährliche, vielfaches Unglück herbeiführende Handlung als Ehrenrettungsmittel betrachtet werden soll, mißbilligen und Strafen drohen; aber indem er die Motive der Handlungen erwägt, wird er nicht mißkennen, daß die Mehrzahl derjenigen, welche Duelle vollziehen, durch ein wenn auch verkehrtes Ehrgefühl angetrieben und durch einen furchtbaren Zwang der Vorurtheile der bürgerlichen Gesellschaft bestimmt, nicht aus schändlichen Motiven handelt und das Unrecht ihrer Hand-

lung nicht erkennt. Wollte der Gesetzgeber alle, welche Duelle vollziehen, als unfähig der Aemter und politischen Rechte ansehen, so würde er leicht Gefahr laufen, daß er mancher ausgezeichneten, durch Gewalt der Umstände zum Duelle getriebenen Männer sich beraubte, deren Kenntnisse und Charakter der bürgerlichen Gesellschaft zum Nutzen gereichen. — Auf diese Art lehrt die Erkundigung bei gebildeten Amerikanern, daß die Duellgesetze Amerika's die öffentliche Billigung nicht erhalten, und nicht in das Leben übergehen, weil Niemand die Duelle anklagt, oder wenn in seltenen Fällen eine Anklage erfolgt, die Geschwornen lossprechen.

IV. Eine eigenthümliche Ansicht spricht das neue Strafgesetzbuch für das Waatland [70]) aus, indem es in einem eigenen Kapitel „von den Raufhändeln und dem Duelle" handelt. Die Absicht der Gesetzgeber war, den Glauben zu beseitigen, daß durch das Hervorheben des Duells in einem eigenen Kapitel der Zweikampf als eine gewöhnlich nur bei den vornehmen Ständen vorkommende Handlung gleichsam privilegirt werden sollte, daß vielmehr durch die gesetzliche Gleichstellung des Duells mit den unter den Personen niedriger Stände vorkommenden Raufhändeln der Gesetzgeber dem Duelle seinen privilegirten Charakter entziehen und durch die Bedrohung beider Handlungen mit gleichen Strafen aussprechen wolle [71]), daß er das Duell für ebenso strafwürdig ansehe, als die in den Augen des Volkes entschieden als unwürdig erscheinende Rauferei. Darnach wird nach Art. 240. jeder Theilnehmer an einem Raufhandel mit Geldstrafe bis 60 Francs oder Gefängniß bis 14 Tagen bestraft. Wenn eine wenig-

70) Code pénal du Canton de Vaud. 1843. titre V. chap. 2. art. 240 – 248.

71) Exposé des motifs p. 73.

stens 10 höchstens 30 Tage Berufsunfähigkeit nach sich ziehende Verletzung in dem Raufhandel verübt wird, so tritt Gefängniß von 10 Tagen bis 10 Monaten ein; so steigern sich die Strafdrohungen nach dem Ausgange: wenn Tödtung erfolgt, so wird der Urheber derselben mit Gefängniß von 10 Monaten bis 10 Jahren bestraft. Wenn der Verurtheilte Gefängniß zu 10 Monaten und darüber verwirkt, so kann das Gericht statt des Gefängnisses die Verbannung aussprechen, die, nachdem der Bestrafte eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe ausgestanden hat, bis 10 Jahre erkannt werden kann. Nach art. 246. kann das Gericht Straflosigkeit desjenigen aussprechen, der sich alle Mühe gegeben hat, um die Rauferei zu verhindern, oder der durch Verletzungen, welche er selbst im Raufhandel erlitten hat, genugsam gestraft erscheint. Nach art. 247. sind diese Strafbestimmungen auf das Duell anwendbar; jedoch hat das Gericht bei der Strafausmessung auf das Unrecht Rücksicht zu nehmen, welches einer oder der andere der Streitenden bei dem Streite hatte. Das Maximum der Strafe kann gegen den, welcher Herausforderer war oder zur Verlängerung des Duells beigetragen hat, oder unehrenhaft bei dem Duelle sich betrug, bis zur Hälfte erhöhet werden. Die Secundanten und Theilnehmer am Duelle sind als complices nur strafbar, wenn sie die Versöhnung hinderten, zu dem Streite angereizt, oder thätig waren, dem Duelle einen gefährlicheren Charakter zu geben. — Mag auch die Gesinnung, welche diese Bestimmungen erzeugte, noch so häufig seyn, so kann man doch nicht die oben geschilderte Ansicht billigen. Der Gesetzgeber kann nicht zwei Handlungen gleichstellen, welche die Meinung des Volkes nicht gleichstellt, und die ihrer Natur nach verschieden sind. Wenn auch die Convention, welche dem Duelle zum Grunde liegt, noch so tadelnswerth ist, so kann doch der

Gesetzgeber ihr Daseyn und ihren Einfluß auf die Motive und auf die moralische und rechtliche Lage der Duellanten nicht mißkennen. Derjenige, welcher eine Rauferei anfängt oder daran Theil nimmt und seinen Gegner verletzt, weiß recht wohl, daß er sich nicht auf des Gegners hervorgebrachte Gleichheit der Lage der zwei Streitenden berufen kann. Während zu der Rauferei Niemand durch die Meinung seiner Standesgenossen genöthigt ist, tritt bei dem Duelle ein solcher sehr schwerer Zwang und eine drückende Collisionslage ein. Der, welcher an einer Rauferei Theil nimmt, hat die Absicht, seinen Gegnern Uebel zuzufügen, während bei dem Duelle die Absicht zunächst darauf geht, durch Vollziehung des Duells die sogenannte Ehrenhaftigkeit zu zeigen. Uebrigens hat der Gesetzgeber selbst durch die Zusatzartikel, die nur das Duell betreffen, gezeigt, daß er die Handlung der letzten Art als eigenthümlich und von der Rauferei verschieden betrachtet.

V. Als wahrer Fortschritt in der Gesetzgebungskunst kann nur die neue Gesetzgebung betrachtet werden, welche das Duell als ein besonderes Verbrechen auffaßt und (regelmäßig) mit nicht entehrenden Strafen bedroht, die Abstufungen in den Strafdrohungen nicht nach dem eingetretenen Erfolge macht und dem Richter soviel Ermessen läßt, daß er zweckmäßig die Strafe mit der Verschuldung des einzelnen Falles in ein gerechtes Verhältniß stellen kann. In die Klasse dieser Gesetzgebungen gehört das belgische Gesetz [72]), das königl. sächsische Gesetz-

72) vom 8. Jan. 1841. S. darüber Delebecque Commentaire legislatif de la loi par le duel. Bruxelles 1841. Vischers in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslands IX. S. 382. Mittermaier in ders. Zeitschrift XIII. S. 284.

buch [73]), das königl. würtembergische [74]), das braunschweigische [75]), das großh. hessische [76]), das königl. hanoverische [77]), das thurgauische [78]) und das badische Strafgesetzbuch [79]). Das belgische Gesetz bedroht die bloße Herausforderung mit Gefängniß von 1—3 Monaten und mit Geldstrafe, und mit gleicher Strafe denjenigen, der einen Andern wegen Weigerung sich zu duelliren verhöhnt oder beleidigt. Wer zu dem Duelle reizt oder durch eine Ehrenkränkung Veranlassung zum Duelle giebt, wird mit Gefängniß von 1 bis 12 Monaten und Geldstrafe bestraft. Wer ein Duell vollzieht, wenn auch keine Tödtung oder Verwundung erfolgt, wird mit Gefängniß von 2 bis 18 Monaten und Geldstrafe, - wenn Tod erfolgt, mit Gefängniß bis 5 Jahre und Geldstrafe (bis 10000 Francs), — wenn Verwundung mit Berufsunfähigkeit bis 20 Tagen erfolgt, mit Gefängniß bis 3 Jahre, bei geringeren Verletzungen mit Gefängniß bis 2 Jahre bestraft. Als Theilnehmer am Duelle werden diejenigen bestraft (und zwar mit gleicher Strafe wie die Urheber), welche durch Geschenke, Drohungen, Versprechungen, Mißbrauch der Gewalt, durch listige Vorspiegelungen zur Vollziehung eines Duells anregen. Die Secundanten, wenn sie wohl complices im obigen Sinne sind, werden mit Gefängniß von 1 bis 12 Monaten und Geldstrafe bestraft. Bei dem Daseyn

73) vom 30. März 1838. Art. 206—210. (Es gilt jetzt auch in Weimar, Altenburg und Meiningen.)

74) vom 1. März 1839. Art. 201.

75) vom 10. Juli 1840. Art. 119.

76) vom 17. Sept. 1841. Art. 292.

77) vom 8. August 1840. Art. 174.

78) vom 14. August 1841. Art. 357.

79) vom 6. März 1845.

von Milderungsgründen sind die Gerichte ermächtigt, das Gefängniß auf 6 Tage und die Geldstrafe auf 16 Francs herabzusetzen. — Ueber die Wirkungen dieses Gesetzes lehren eingezogene Erkundigungen unterrichteter Personen verschiedener Klassen, daß die Duelle bedeutend vermindert sind (wobei es freilich schwierig bleibt, sicher zu entscheiden, ob diese Erscheinung auf Rechnung des neuen Gesetzes oder der fortschreitenden Sitten zu stützen ist). Zuverlässiger ist, daß die bisher von den Gerichtshöfen in Duellfällen erkannten Strafen von dem Volke und zwar eben von Personen gebilligt werden, welche den Rangklassen angehören, in welchen Duelle am häufigsten vorkommen. — In Bezug auf die bisher in Belgien zur Anwendung bei dem Gerichte gekommenen Strafen giebt Hr. Nypels [80]) an, daß in einem Falle, in welchem Jemand einen Nasenstüber mit beleidigenden Worten einem Andern gab, der Thäter als Herausforderer zum Duell bestraft wurde. Ein Streit mit Stöcken in Folge wechselseitiger Verabredung und ohne Beiziehung von Secundanten vollzogen, wurde durch Arrêt des Gerichtshofs von Lüttich vom 24. Februar 1843 nicht als Duell betrachtet, während ein Arrêt des Gerichts von Dinant den Antrag an einen Andern, sich auf Stöcke zu schlagen, als Herausforderung zum Duelle betrachtet wurde. Nach einem Urtheil des Gerichts von Neufchateau wurde die Handlung einer Person, welche mit einer Pistole in der Hand einen Andern fragte, ob er noch immer die nämlichen Absichten habe, zugleich von ihm forderte, daß er sich entfernen sollte, als Provocation bestraft. In einem Falle, in welchem das Duell den Tod einer Person zur Folge hatte, wendete das Tribunal von Lüttich das Minimum der Strafe

80) Commentaire des Commentaires. Théorie du Code pénal par Chauveau et Helie, édition augmentée par Nypels. Vol. II. p. 91.

(1 Jahr Gefängniß und 1000 Francs) wegen vieler Milderungsgründe an. Wir sind im Stande, aus anderen officiellen Mittheilungen über die von 1841 bis 1843 in Belgien bestraften Duelle folgende Nachrichten zu geben. 1841 kamen vor 4 Anschuldigungen wegen Provocation, 3 Angeschuldigte wurden losgesprochen und 2 zum Gefängniß unter 1 Jahr verurtheilt. Wegen eines Duells, worin keine Verwundung erfolgte, wurden 4 vor Gericht gestellt, 2 freigesprochen, 2 zu Geldstrafe verurtheilt. Wegen Duelle, in denen Verwundungen erfolgten, wurden 10 angeklagt, 2 freigesprochen, 8 zu Gefängniß unter 1 Jahr, und wegen eines Duells, in welchem Tod erfolgte, 3 Personen vor Gericht gestellt und zu Gefängniß unter 1 Jahr verurtheilt. Im Jahr 1842 wurden 13 (in 7 Fällen) wegen Provocation angeschuldigt, 2 freigesprochen, 10 zu geringer Gefängnißstrafe verurtheilt. Duelle mit Tod kamen nicht vor; wegen Verwundung in einem Duelle wurde Einer zu Gefängniß verurtheilt. 1843 wurden wegen Provocation 9 angeschuldigt, 8 zu Gefängniß wegen Duells mit Verwundung, 10 Personen (in 3 Duellen) angeschuldigt, 1 freigesprochen, 1 zu Gefängniß über 1 Jahr, 5 zu geringerem Gefängniß, 3 zur Geldstrafe verurtheilt. Von dem Duelle, worin Tod erfolgte, wurde schon oben gesprochen. — Vergleicht man die neuesten deutschen Strafgesetzbücher, so schweben zwar, wie man bemerkt, die nämlichen Grundideen allen diesen Gesetzgebungen vor; aber zu einer Gleichförmigkeit der Bestimmungen haben sich die Regierungen und Stände nicht erhoben. Schon über den Gesichtspunkt, unter welchem das Duell im Strafgesetzbuche aufgestellt wird, herrscht Verschiedenheit. Während das sächsische Gesetzbuch das Duell zwischen dem Kapitel „von den Verletzungen der Ehre" und dem „von Verletzungen der ehelichen Treue" im Zusammenhange mit der Selbsthülfe auf-

stellt [81]), und die Gesetzbücher von Würtemberg [82]), von Hanover [83]), Braunschweig [84]) und zum Theil das thurgauische [85]) den Zweikampf unter die öffentlichen Verbrechen gestellt haben, spricht das hessische Gesetzbuch [86]) von dem Zweikampfe im Zusammenhange mit dem sogenannten Verbrechen gegen das Leben Anderer, nachdem von Kindesabtreibung, von Kindesaussetzung gehandelt wurde, und das badische Strafgesetzbuch [87]) handelt von dem Zweikampf in einem besondern Kapitel (ohne alle Beziehung auf Selbsthülfe), nachdem das vorausgehende Kapitel von Verläumdung und Ehrenkränkung sprach. Wir sind überzeugt, daß die letzte Art der Aufstellung in einem Gesetzbuche die natürlichste ist, weil Ehrenkränkung und Duell im engsten Zusammenhange stehen. Wenn jedoch ein Gesetzgeber (freilich mit Unrecht) glaubt, daß er im Gesetzbuche die Verbrechen nach den Rubriken: öffentliche — Privatverbrechen, classificiren müsse, so paßt freilich die Stellung des Duells unter die erste. — Auch in Bezug auf die Strafdrohungen ist keine Gleichförmigkeit. Während das sächsische Gesetzbuch (206.) als Maximum der Strafe (wenn das Duell auf Tödtung verabredet wurde) 20 Jahre Gefängniß, das würtembergische als Maximum 6, das braunschweigische 15 Jahre Gefängniß, das hanoverische sogar Todesstrafe (jedoch

81) Kap. X. §. 204—210.

82) Fünftes Kapitel, sogleich nach dem Kapitel über Friedensstörungen im Zusammenhange mit Selbsthülfe. Art. 200—205.

83) Im Kapitel: Von Verbrechen wider die Regierung des Staats. Art. 174.

84) Im Kapitel: Von den Verbrechen wider öffentliche Ordnung. Art. 107.

85) Im Zusammenhange mit der Selbsthülfe. Art. 356.

86) Im Titel XXXV. Art. 292.

87) Titel XX. §. 326—334.

unter mildernden Umständen auch Kettenstrafe) drohen, wird in dem hessischen und badischen (§. 326.) für den schwersten Fall nur das Maximum von 6 Jahren Freiheitsstrafe gedroht (mit Ausnahme des unten zu erwähnenden ausgezeichneten Falles nach Art. 329.). Die meisten neuen Gesetzbücher haben die Strafdrohungen nach dem Erfolge (ob Tod oder Verwundung erfolgt) wieder (nach der Beschaffenheit derselben) abgestuft, und den Fall, wo das Duell so verabredet wurde, daß es fortgesetzt werden soll, bis einer der Kämpfer getödtet wurde, besonders hervorgehoben; das badische Gesetzbuch hebt den zuletzt genannten Fall nicht besonders hervor, und enthält nur eine eigene Strafdrohung, wenn Tödtung oder schwere Verwundung eingetreten ist [88]). Auch in Bezug auf das Minimum, das im schlimmsten Falle (wenn Tod eintritt) erkannt werden kann, ist große Verschiedenheit. Uns scheint, daß in Bezug auf das gedrohte Minimum die Weisheit des Gesetzgebers sich bewähren muß, weil bei der unendlichen Vielgestaltigkeit der Fälle eben bei dem Duelle durch außerordentliche Umstände, unter welchen die Duellanten zu ihrem Vergehen getrieben werden, die Verschuldung so herabgesetzt werden kann, daß das auf die gewöhnlichen dem Gesetzgeber vorschwebenden Fälle berechnete Minimum der Strafe viel zu hoch erscheint. Gewiß hatte in einem berühmt gewordenen Falle die Weisheit des hessischen Strafgesetzbuchs [89]) sich bewährt, nach dessen

---

88) In diesem Falle ist Arbeitshaus (bis 6 Jahre) gedroht.

89) Dies enthält den nachahmungswürdigen Art. 293, worin es heißt: Die Gerichte haben das Maaß der im vorhergehenden Artikel gedrohten Strafen um die Hälfte herabzusetzen, wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß einer der Duellanten, er mag der Herausforderer oder der Herausgeforderte seyn, wegen der Beschaffenheit der ihm zugefügten Beleidigung oder wegen anderer Umstände dem Zweikampfe als vermeintlichem Rettungsmittel der Ehre nicht ausweichen konnte, ohne sich Nachtheil auszusetzen.

Vorschriften es einem hessischen Gerichtshofe möglich wurde, den Angeschuldigten, der im Duelle seinen Gegner getödtet hatte, nur zu sechsmonatlicher Gefängnißstrafe zu verurtheilen. — Nach dem sächsischen Gesetzbuche würde in dem Falle, in welchem der Tod im Duelle erfolgte, das nicht auf Tödtung verabredet war, das Minimum der Strafe 3 Jahre, nach dem würtembergischen und braunschweigischen [90]) 2 Jahre, nach dem hessischen 1 Jahr, nach dem badischen 6 Monate, nach dem hanoverischen Gesetzbuche Kettenstrafe, bei mildernden Umständen Zuchthaus (also nicht unter 2 Jahre) betragen. Die bloße Vollziehung eines Duells, wenn auch keine Verletzung darin erfolgt, ist nach dem sächsischen, würtembergischen und braunschweigischen Gesetzbuche mit Gefängniß von 2 Monaten, bis zu einem Jahre [91]), nach dem hessischen Gesetzbuche mit Festung von 1—3 Monaten nach dem hanoverischen mit Gefängniß (also ohne Minimum), nach dem badischen mit Kreisgefängniß (also mit Minimum von 4 Wochen) bedroht. Die bloße Herausforderung, wenn auch kein Duell vollzogen wird, ebenso wie die Annahme der Herausforderung, werden in einigen Gesetzbüchern mit besonderen Strafen bedroht [92]), während andere darüber schweigen und so dem Richter es überlassen, nach den Grundsätzen von dem Versuche zu strafen [93]), obwohl freilich vielfach Streit entsteht, wo

---

90) Jedoch ist nach dem braunschweigischen (Art. 119. Nr. II.) der Unterschied gemacht, ob der, welcher das Duell herbeiführte, den Gegner tödtete (dann ist das Minimum 2 Jahre, im entgegengesetzten Falle 1 Jahr).

91) Nach dem braunschweigischen ist das Minimum 3 Monate.

92) Nach dem sächsischen (Art. 209.) mit Gefängniß von 1—3 Monaten, nach dem braunschweigischen (§. 121.) mit Gefängniß bis 3 Monate (also kein Minimum) oder Geldbuße.

93) Nach bad. Strafgesetzbuch (Art. 328.) werden, wenn die Betheiligten an der Ausführung des Zweikampfs gehindert wurden, nach-

der Versuch als strafbar zu werden beginnt [94]). Die meisten Strafgesetzbücher haben sämmtliche Duelle unter das nämliche Strafgesetz (freilich mit Abstufungen und mit Drohung von Maximum und Minimum) gestellt, so daß dann auch für die Fälle der schwersten Art der Richter nur das gedrohte Maximum der Strafe anwenden könnte. Diese Ansicht ist bedenklich, weil sie das Duell zu sehr als privilegirtes Vergehen hervorhebt [95]) und die Verhältnisse, welche allerdings als Regel bei dem Duelle vorkommen, als die einzig entscheidenden zum Grunde legt; daher in manchen Fällen, in welchen ein Duellant ganz unehrenhaft sich betrug und nach der allgemeinen Ansicht als Mörder erscheint, oder wo eine durch die schändlichsten Triebfedern geleitete, ihrer Ueberlegenheit im Duelle bewußte Person eine andere durch die gemeinsten Mittel zum Duelle reizt, oder den Zweikampf sucht oder aus ähnlichen Beweggründen annehmbare Versöhnungsanträge zurückgewiesen hat, das Gericht dennoch nur das Maximum der auf ganz andern Voraussetzungen berechneten Strafe anwenden könnte. Mit Recht haben daher das braunschweigische (119.), das hessische (295.), das thurgauische (358.), das badische (330.) Gesetzbuch ausdrücklich erklärt, daß da, wo dem Urheber einer

---

dem sie bereits an dem dazu bestimmten Ort sich eingefunden hatten, wegen Versuchs bestraft. — Wenn daher vor dem Einfinden der Parteien auf dem Kampfplatze das Duellvorhaben entdeckt wird, so kann keine Strafe eintreten; allein auch nach der Fassung des Gesetzbuchs fragt man, ob, wenn Einer sich am Kampfplatze einfand und ergriffen wird, er wegen Versuchs bestraft wird? Das Gesetzbuch spricht von den Betheiligten, also Beide müssen da seyn.

94) Hufnagel im Comment. zum würtemberg. Gesetzbuche I. S. 529. zeigt, daß in Würtemberg über den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs Streit ist; nach den Motiven soll der Versuch erst anfangen, wenn die Parteien sich schon zum Kampfe anstellen, und die Waffen ergriffen haben.

95) Hepp im Commentar zum würtemberg. Strafgesetzb. Th. II. S. 1133. giebt darüber gute Bemerkungen.

Tödtung oder Verwundung im Duelle die vorsätzliche Verletzung der hergebrachten oder verabredeten Duellregeln zur Last fällt, er nach den allgemeinen Vorschriften über Tödtung oder Verwundung bestraft werden soll [96]). Die Zweckmäßigkeit, das Duell regelmäßig nicht nach den oben erwähnten Vorschriften zu beurtheilen (wie z. B. in Frankreich geschieht), sondern als eigenes Verbrechen mit Strafe zu bedrohen, zeigt sich besonders bei der Frage über die Strafbarkeit der Secundanten. Während die Gerichte, wenn sie die Tödtung im Duelle nach dem Gesetze über Tödtung bestrafen wollen, die Secundanten als Theilnehmer an der Tödtung betrachten müssen, wird eine vernünftige Gesetzgebung, in der Erwägung, daß es weiser ist, das möglichst kleine Uebel zu dulden, um größere Uebel zu vermeiden, und daß bei dem Duelle die Beiziehung von tüchtigen, charakterfesten und besonnenen Secundanten wünschenswerth ist, die Strafe den Secundanten um so mehr eigenthümlich drohen, als diese Personen nicht als gewöhnliche Theilnehmer einer Tödtung zu betrachten sind, nach ihrer Absicht (wenigstens häufig) durch die besten Motive bestimmt sind, Secundanten zu werden, und als die Gesetzgebung selbst große Vortheile erreichen kann, wenn sie die Straflosigkeit oder doch mildere Strafe solcher Personen an ein gewisses Benehmen knüpft, welches das Uebel der Duelle vermindert [97]). Daher haben die

96) Das badische Strafgesetzbuch in Art. 329. droht noch in dem Falle, wenn sich bei einer im Duelle eingetretenen Tödtung oder Verletzung ergiebt, daß der Urheber den Zweikampf aus nichtswürdigen Beweggründen gesucht oder annehmbare Versöhnungsanträge aus nichtswürdigen Beweggründen zurückgewiesen hat, denselben mit Zuchthaus bis zu 8 Jahren, d. h. es ermächtigt die Richter durch den Ausdruck: kann, diese Strafe eintreten zu lassen.

97) Temme in seiner Kritik II. S. 238. erklärt die Secundanten als straflos.

neuen deutschen Gesetzbücher sehr milde Strafen den Secundanten gedroht [98]) und selbst Straflosigkeit ihnen zugesichert, wenn sie entweder durch ihre Bemühungen bei dem Duelle auf Leben und Tod die wirkliche Tödtung hinderten (nach sächsischem Gesetzbuche 208.), oder überhaupt, wenn sich ergiebt, daß sie ernstlich bemüht waren, das Duell zu verhindern oder während des Kampfes den schädlichen Erfolg abzuwenden (nach würtembergischem, hessischem, braunschweigischem und hanoverischem Gesetzbuche), während das badische Gesetzbuch (333.) die Secundanten ohne die in den genannten Gesetzbüchern oben bezeichneten Rücksichten als straflos erklärt und nur in dem Falle (Art. 332.) als strafbar erkennt, wenn sie zum Zweikampf oder zu einer besonders gefährlichen Art oder zur Fortsetzung desselben aufforderten, oder einer Versöhnung entgegenwirkten, und zwar so, daß sie, wenn sie sich unredlich oder treulos dabei benahmen, als Anstifter des Verbrechens bestraft werden sollen. — Die merkwürdigste Bestimmung einer neuen Gesetzgebung ist die des hanoverschen Militärstrafgesetzbuchs [99]), nach welcher die im allgemeinen Strafgesetzbuche angedrohten Strafen der Duelle gegen Offiziere alsdann keine Anwendung finden sollen, wenn das Duell durch eine Ehrenkränkung veranlaßt ist, welche nach obwaltenden Standesmeinungen über den Ehrenpunkt nicht auf andere Art ausge-

---

98) Nach sächs. (Art. 208.) Gefängniß bis 8 Wochen, nach würtemb. (204.) Festung bis 3 Monaten, braunschweig. (§. 120.) mit 3 – 6 Monaten oder in geringen Fällen Gefängniß bis 8 Wochen oder Geldstrafe, nach hessischem (294.) mit Festung bis 3 Monaten oder in geringen Fällen mit Verweis, nach hanov. (176.) mit Gefängniß oder Geldstrafe, nach bad. (333.) nur unter besonderen Umständen.

99) Militärstrafgesetzbuch für das Königreich Hanover vom 1. Januar 1841. Art. 223.

glichen werden konnte, und wenn ein solches Duell auf sonst herkömmliche Weise namentlich in Gegenwart zweier Secundanten und eines Wundarztes vollzogen ist. Wir werden in einem nachfolgenden Aufsatze die Zweckmäßigkeit dieser und der in den neuen Gesetzbüchern vorkommenden Vorschriften mit Zergliederung der verschiedenen Fälle, welche die Verschuldung bei dem Duelle bestimmen, einer Prüfung unterwerfen.

XIII.

Ueber die Amtsbeleidigung oder injuria publica.

Von
H. A. Zachariä.

In der Theorie des gemeinen Rechts ist, wie später noch näher nachgewiesen werden wird, im Gegensatz zu der, der Person eines öffentlichen Beamten zugefügten, Privat=Injurie der Fall, wo die Beleidigung desselben als öffentliches, von Staats wegen und resp. vom Richter ex officio zu verfolgendes, Verbrechen betrachtet werden muß, durch die, freilich auch andere Bedeutungen involvirende, Terminologie: *Injuria publica* bezeichnet worden, welche der Kürze halber auch in der nachfolgenden Erörterung meistens gebraucht und eben nur in diesem Sinne genommen werden wird [1]). Im Deutschen werden dafür, sowohl in der Sprache des gemeinen Lebens, als der Wissenschaft und neuern Gesetzgebung, in demselben Sinne und auch im Gegensatz zu der einem öffentlichen Beamten zugefügten Privatinjurie, die Ausdrücke: Amtsbeleidigung, Injurie gegen die Obrigkeit oder öffentliche Behörden, Beleidigung der Amtsehre u. s. w. gebraucht. Schon

1) Weber, über Injurien und Schmähschriften. Abth. III. S. 191.

aus diesen Benennungen läßt sich erkennen, daß man damit im Allgemeinen eine Beleidigung hat bezeichnen wollen, welche der Person des Beamten, der Obrigkeit als solcher, dem öffentlichen oder Staatsamte zugefügt wurde, obwohl nicht alle Ausdrücke dies auf gleich bestimmte Weise bezeichnen, indem namentlich der, auch in neuern Gesetzen gebrauchte Ausdruck „Beleidigung der Amtsehre" einen Doppelsinn involvirt, welcher der Feststellung des richtigen Begriffs und der wahren Gränze der injuria publica hinderlich in den Weg getreten ist.

Zunächst könnte man freilich die Frage aufwerfen, ob denn nicht die ganze Unterscheidung zwischen der injuria publica und der injuria privata wider einen öffentlichen Beamten — abgesehen von den, die Amtsverhältnisse desselben gar nicht berührenden reinen Privatinjurien — auf einer Täuschung beruhe, indem das öffentliche Amt — ein bloßer Begriff — überhaupt von gar keiner Beleidigung getroffen werden könne, so daß mithin nur die Person des Beamten, das Individuum, als der Träger des Amtes und der amtlichen Würde zu betrachten und letztere stets in dem Individuum oder der physischen Person zu schützen sey [2]). Hiernach würde dann in der That jede Beleidigung des öffentlichen Beamten, wenigstens unter der Voraussetzung, daß der Injuriant ihn als solchen kannte, in sofern als Amtsbeleidigung zu betrachten seyn, als man sagen könnte, daß dabei immer zugleich die dem öffentlichen Charakter gebührende Achtung bei Seite gesetzt werde; — ungefähr in derselben Weise, wie beim Staatsoberhaupt, in welchem die Eigen-

---

2) v. Bothmer, Erörterungen u. Abhandl. aus dem Gebiete des Hannoversch. Criminalrechts. Bd. I. Hft. 3. S. 164 f. und das. Hft. 4. S. 238.

schaft als Regent und Inhaber der Staatsgewalt so innig mit der Person verwachsen ist, daß sich eine, in der Theorie freilich auch versuchte, Scheidung zwischen öffentlicher und Privatbeleidigung des Regenten — in der Beziehung auf das sog. crimen laesae majestatis — schwerlich durchführen läßt.

Allein so wenig man den Landesherrn als (höchsten) Staatsbeamten behandeln, oder ihn nach Analogie der von Staatsdienern geltenden Normen beurtheilen darf, indem dies der nothwendig würdigern Vorstellung von dem Wesen der Monarchie und der rechtlichen Stellung des Monarchen durchaus nicht entsprechend seyn würde [3]), eben so wenig ist es zulässig, den öffentlichen Beamten, der, was das Staatsamt selbst betrifft, nur eine ihm übertragene Pflicht, nicht zugleich ein eigenes, der Person als solcher zuständiges Recht ausübt [4]), nach Analogie des Regenten zu beurtheilen, und selbst das tägliche Leben lehrt, daß, wenn man auch dem Staatsdiener als solchem einen gewissen, bevorzugten Ehrenstand einräumt, doch stets unterschieden wird, ob er eben als öffentlicher Beamter auftritt, handelt, Gehorsam und Achtung fordert und fordern kann, oder ob man der amtlichen Autorität als solcher gar nicht gegenüber steht.

Das öffentliche Amt als solches hat allerdings keine Ehre in dem Sinne, wie wir von Ehre des einzelnen Menschen überhaupt und in seiner besondern Lebenssphäre reden. Denn letztere, oder die, als das Product gewisser werthvoller, besonders moralischer Eigen-

---

3) Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 171. Note I.

4) H. A. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht. Th. II. S. 29.

schaften, welche der vernünftige Mensch als Gegenstand nothwendiger Achtung zu erkennen im Stande ist, zu betrachtende Würdigkeit wird offenbar durch die Vernunft- und Willensfähigkeit des Subjets bedingt und kann daher auch nur durch das eigene Verschulden des Individuums wahrhaft vermindert oder aufgehoben werden, im Gegensatz zu dem, von der Ehre selbst verschiedenen, durch die Gesetze aber auch geschützten, guten Namen, welcher auch durch Handlungen anderer Personen zerstört oder verletzt werden kann. Deshalb sagt schon das römische Recht ganz richtig: „Existimatio est illaesae dignitatis status, qui ex delicto *nostro* — aut minuitur aut consumitur." [5])

Bei einem Subjecte, welches wegen mangelnder Vernunft- und Willensfähigkeit möglicher Weise gar nicht gegen Recht und Sitte verstoßen kann, fällt die nothwendige Bedingung für den Begriff der Ehre gänzlich weg. Deshalb kann auch das öffentliche Amt selbst, weil es als solches, oder auch, wie wir sagen, als moralische Person gar kein Unrecht zu thun im Stande ist, nicht als Träger einer Ehre, wie der einzelne Mensch, betrachtet werden. Allein an ihre Stelle tritt bei der moralischen Person, insbesondere dem öffentlichen Amte, etwas Anderes, wodurch dann auch die Möglichkeit einer Injurie gegen dasselbe vermittelt wird. Es ist dies nämlich die aus dem Begriff und Wesen der Obrigkeit, oder aus der Staatsgewalt auf das einzelne öffentliche Amt, als integrirenden Bestandtheil derselben, reflectirende potestas und Autorität, welche jeder Unterthan im Staate, auch nach dem positiven Rechte, anzuerkennen verbunden ist und deren Anerkennung überall als die Grundbedingung aller bürgerlichen

5) L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. (50, 13.)

Ordnung, mehr noch als die physische Gewalt der Obrigkeit, erscheint. Hierin besteht die Würde und das Ansehn des öffentlichen Amtes und anderer Seits die Achtung, welche der Unterthan der Obrigkeit schuldet und in der Verletzung derselben durch äußere Handlungen oder Unterlassungen ein Vergehen, welches gerade deshalb ein Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung oder gegen den Staat selbst ist, weil es einen Ausfluß der Staatsgewalt selbst zum Gegenstande hat. Dasselbe fällt aber, auch nach positivem Recht, entweder unter den Begriff der strafbaren Widersetzlichkeit oder des, wenigstens durch Zwangsmittel zu beugenden Ungehorsams, oder, wenn es in einer die Würde des öffentlichen Amtes verletzenden, den Ausdruck einer verachtenden Gesinnung involvirenden Handlung besteht, auch gemeinrechtlich unter den Gesichtspunkt der *injuria*, mit welcher wir es hier allein zu thun haben.

Verschieden von dieser Würde und Autorität des Amtes, welche auf den Staatsbeamten übergeht und allerdings auch in ihm oder durch Injurien gegen seine Person verletzt werden kann, ist die Dienst- und Standesehre desselben, welche ohne Zweifel noch von seiner, ihm als Mensch zukommenden, s. g. gemeinen Ehre unterschieden werden muß, in dieser Unterscheidung aber hier nicht weiter in Frage kommt. Hier wird blos von Wichtigkeit, zu zeigen, daß jene Dienst- oder Standesehre mit der Würde oder Ehre des Amtes durchaus nicht zusammenfällt, obwohl allerdings eine und dieselbe Handlung, vermöge einer s. g. idealen Concurrenz, beides, die Würde des Amtes und die Dienstehre, ja möglicher Weise auch die gemeine Ehre des Beamten verletzen und deshalb ein mehrfaches Verbrechen der Injurie begründen kann. Jenen, hier in Betracht kommenden Unterschied festzustel-

len, ist aber um so wichtiger, weil die unrichtigen und schwankenden Vorstellungen, welche uns in der Theorie, Praxis und Gesetzgebung in Betreff der s. g. injuria publica begegnen, hauptsächlich darin ihren Grund haben, daß man häufig die Ehre des Amtes mit der Dienstehre des Beamten verwechselt, oder den ersten Ausdruck als identisch mit dem letztern gebraucht hat, wie selbst bei dem, für die wissenschaftliche Fixirung des Begriffs der öffentlichen Injurie Treffliches leistenden A. D. Weber [6]) die richtige Erkenntniß dieses Unterschieds noch nicht zum Durchbruch gekommen und bis auf die neueste Zeit als mangelhaft zu betrachten ist.

Um den Unterschied zwischen der Würde des Amtes oder der s. g. Amtsehre einer Seits und der Dienst- oder Standesehre des Beamten anderer Seits zunächst im Allgemeinen zu bezeichnen, kann man sagen: Die erstere ist rein staatsrechtlich oder in den Rechten und Ansprüchen des Staats enthalten, die letztere dagegen ist privatrechtlich, oder gehört zur privatrechtlichen Sphäre des Beamten [7]).

Die eine bleibt, wie der Staat selbst und das ununterbrochen fortdauernde Amt, unwandelbar eine und dieselbe und wird durch den Wechsel des das Amt bekleidenden Individuums nicht unterbrochen oder erneuert; die Dienstehre dagegen ist für jedes Individuum persönlich; sie beginnt neu mit dem neuen Beamten und geht nicht, wie die Würde und Autorität des Amtes unmittelbar auf den Nachfolger im Amte über. Die letztere wird von ihm erworben und Gegenstand eines eignen Besitzrechts; er hat sie für seine Per-

---

6) Ueber Injurien u. Schmähschriften. Abth. III. S. 190 f.

7) H. A. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht. Th. II. S. 30.

son, er mag nun in Ausübung der Amtsfunctionen begriffen seyn oder nicht; die erstere dagegen ruht nur auf dem Beamten, in sofern und so lange er als fungirender Repräsentant des Amtes selbst erscheint.

Hieraus ergeben sich im Einzelnen manche wichtige rechtliche Folgerungen für den Unterschied beider an sich und für die Verletzung derselben durch dritte Personen: denn

1. die amtliche Autorität kann der Beamte nicht gegen den Staat oder die Regierung selbst und gegen ihren Willen nicht gegen Dritte verfolgen, in sofern nicht gewisse verfassungsmäßige Schranken der Regierungsgewalt im engern Sinne, z. B. im Verhältniß zu dem selbstständigen und unabhängigen Richteramt, eine Ausnahme begründen. Der Beamte hat hier kein auf processualischem Wege verfolgbares Recht gegen gen Staat, obwohl einen politisch-moralischen Anspruch auf Schutz und Erhaltung seiner Autorität als fungirender Beamter [8]).

Dagegen ist die Dienstehre, bestehend in den mit dem Amte ihm übertragenen, rechtlich bestimmten besondern Ehrenrechten und seiner Existimatio als Berufs- und Pflicht-getreuer Beamter, sein Recht, welches er, auch ohne Ermächtigung des Staats, wie jedes Privatrecht verfolgen kann, und an dessen Verfolgung auf dem Wege Rechtens er nicht gehindert, was ihm auch vom Staate selbst nach deutschrechtlichen (gemein- und particularrechtlichen) Grundsätzen nur durch Urtheil und Recht, oder in Folge

8) **Myler ab Ehrenbach, Hyparchologia s. de officialibus — Liber singularis. Stuttg. 1678. Cap. VIII. §. 1—IV. Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. S. 133.**

des nach besondern Gesetzen bei Administrativ-Beamten die Stelle von Urtheil und Recht vertretenden Disciplinar-Verfahrens und Urtheils genommen werden darf.

2. Da die Dienstehre ein Privatrecht, die Ehre des Amtes aber ein öffentliches Recht ist, so ist auch die Verletzung derselben durch Dritte in dem einen Falle ein s. g. Privatdelict, in dem andern dagegen ein öffentliches Verbrechen in dem (im Gegensatz zum römischen Recht) dieser Unterscheidung in der neuern Theorie beigelegten Sinne [9]).

Verbrechen gegen die amtliche Autorität kann daher der Staat ganz zweifellos, auch unabhängig von dem Willen des fungirenden Beamten, durch den competenten Richter verfolgen, oder diesem die Verfolgung ex officio zur Pflicht machen, so wie sie auch gewiß der Nachfolger im Amte, der in dieser Beziehung mit dem Vorgänger ganz dasselbe Subject repräsentirt, zur gesetzlichen Ahndung ziehen kann. Verletzungen der Dienst- oder Standesehre dagegen unterliegen ihrer innern, wesentlichen Natur nach, den Bestimmungen des positiven Rechts über Verfolgung der Privat-Injurie. Der Nachfolger im Amte kann sie sich eben so wenig zuziehen, als er genöthigt seyn kann, sich gegen eine, seinem Vorgänger im Amte von der vorgesetzten Behörde ertheilte Rüge zu verwahren. Eine solche Rüge trifft das Amt selbst so wenig, als der von einer dritten Person dem einzelnen Beamten gemachte Vorwurf begangener Pflichtverletzung [10]).

---

9) Weber, über Injur. u. Schmähschriften. Abth. III. S. 226. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts. §. 23.

10) A. D. Weber, a. a. O. Abth. I. S. 214. Abth. III. S. 206. S. 217 f. S. 223.

3. Die s. g. Amtsehre (Würde und Autorität des Amtes) hat nur der fungirende Beamte oder active Staatsdiener. Die Dienstehre behält auch der von Ausübung des Amtes entbundene, pensionirte oder seinen Abschied nehmende Beamte. Letztere kann daher auch noch fernerhin, selbst in Beziehung auf einen Verstorbenen [11]), Gegenstand einer Injurie seyn, die erstere dagegen kann nur in dem, in Activität befindlichen Staatsbeamten verletzt werden.

4. Ein Vergehen gegen die Amtsehre kann der fungirende Beamte, wie selbst die gemeinrechtlichen Gesetze anerkennen [12]), wenn die Sache klar ist und keiner weitern Untersuchung bedarf, in continenti selbst ahnden, ohne gegen den Grundsatz, daß Niemand Richter in eigener Sache seyn könne, zu verstoßen, weil das Amt selbst und dessen Würde nicht sein Recht ist. Eine Injurie wider seine Dienstehre dagegen kann er ohne Verletzung jenes Grundsatzes nicht selbst zur Bestrafung ziehen, in ähnlicher Weise, wie er auch zwar über die nur gegen das Amt gerichtete Einrede der Incompetenz, nicht aber über die, die Person treffende exceptio judicis suspecti zu erkennen berechtigt ist.

Aus dieser, nothwendig vorauszuschickenden Erörterung über den wesentlichen Unterschied zwischen der Ehre des Amtes und der Dienstehre des Beamten, läßt sich nun ohne weiteres die wichtige Folgerung ziehen, daß die Dienstehre des Beamten, eben weil sie sein Recht

---

11) Weber, a. a. O. Abth. I. S. 195 f. Abegg, über Injurien gegen Verstorbene, im Archiv des Criminalr. Jahrg. 1844. S. 461 f.

12) L. 1. pr. D. Si quis jus dicenti (II. 3.) cap. 1. de poenis in 6to. Weber, a. a. O. Abh. III. S. 233 f.

ist und zu seiner Privatrechts-Sphäre gehört, nicht Gegenstand der s. g. *injuria publica* seyn könne, in sofern gerade dadurch eine Injurie bezeichnet werden soll, durch welche der Staat selbst, oder die *res publica* in dem Beamten beleidigt oder verletzt worden ist.

Dabei ist nur noch ein gewöhnlich vorkommendes Mißverständniß zu beseitigen. Man hat nämlich häufig genug in Theorie und Praxis das unverkennbare Interesse des Staats an der Unbescholtenheit und der ungekränkten Achtung seiner Beamten mit in die Frage hineingezogen und die Folgerung gemacht: Weil der Staat dieses Interesse habe, so müßten deshalb auch alle, den amtlichen Charakter des Staatsdieners betreffenden Injurien und Verläumdungen den Staat berechtigen und resp. verpflichten, gegen ihren Urheber von Staats wegen einzuschreiten und ihn zur öffentlichen Bestrafung zu ziehen.

Allein jenes Interesse des Staats oder der Landesverwaltung, welches ohne Zweifel existirt, berechtigt den Staat nicht, Beleidigungen, welche durch den, dem Beamten gemachten Vorwurf einer Pflichtverletzung oder Uebertretung seiner Amtspflichten begangen sind, sich selbst zuzuziehen, oder sich selbst in der Verleumdung des Beamten als beleidigt zu betrachten, wodurch der Injurie geradezu ein ganz anderer Gegenstand, oder ein in der That gar nicht verletztes Subject, untergeschoben wird. Fragt man aber, was denn der Staat, wenn der Beamte in solchen Fällen nicht selbst klage, oder die Bestrafung des Injurianten bei dem competenten Richter beantrage, thun und wie er sein Interesse anders als durch Verhängung einer Criminal-Untersuchung gegen den angeblichen Verleumder wahren könne? so ist die Antwort ganz einfach folgende:

1. Der Staat kann den, die Beleidigung nicht verfolgenden Beamten im Disciplinarwege anhalten, gegen den Beleidiger die erforderlichen gerichtlichen Schritte zu thun, und wenn dies nicht geschieht, ihn den Umständen nach des Amtes als unwürdig behandeln;

2. Er kann über den Grund oder Ungrund der ausgesprochenen Anschuldigungen, über den Beamten selbst eine Untersuchung verhängen, besonders wenn ihm strafbare Dienstvergehen zum Vorwurf gemacht worden sind, und wenn z. B. zwischen den Mitgliedern eines Collegiums Mißhelligkeiten ausgebrochen und in gegenseitige beleidigende Vorwürfe ausgeartet sind, in Beziehung auf alle Betheiligten eine (zunächst administrative) Untersuchung zur Ermittelung des Schuldigen und über den Grund oder Ungrund der Vorwürfe veranlassen.

Nachdem in dem Bisherigen die wahre Grundlage für die Beurtheilung der Frage gewonnen worden ist, wie die eigentliche Amtsbeleidigung von der Privatbeleidigung des Beamten zu unterscheiden sey, wird es um so weniger Schwierigkeit machen, die genauere Feststellung derjenigen Fälle zu geben, welche zur s. g. injuria publica gerechnet werden müssen. Dabei wird es aber, da es sich um Feststellung einer den Richter verpflichtenden Norm handelt, welche Eigenschaft nur denjenigen Normen zukommt, die als Bestandtheil des positiven Rechts zu betrachten sind, zunächst unsere Aufgabe seyn, zu zeigen, was den ausdrücklichen Bestimmungen oder wenigstens der Analogie unserer positiven Rechtsquellen entsprechend sey?

Was nun die gemeinrechtlichen Gesetze betrifft, insbesondere das römische, das canonische Recht und die peinliche Gerichsordnung Kaisers Karl V, so geben sie zwar keine ausdrückliche Entscheidung über die Frage, was als wahre Amtsbeleidigigung zu betrachten

sey, enthalten aber doch verschiedene Andeutungen, welche zur Erkenntniß des richtigen Princips benutzt werden können. Dabei ist auch nicht zu übersehen, daß die genauere Unterscheidung zwischen einer, wider den Beamten verübten injuria publica und einer injuria privata besonders mit der sich mehr und mehr erweiternden Herrschaft des Inquisitions-Processes an Wichtigkeit gewonnen hat, obwohl nicht behauptet werden soll, daß da, wo der Anklageproceß die einzige Proceßform ist, jene Unterscheidung ganz ohne praktisches Interesse sey. Jedenfalls ist aber dieses praktische Interesse mehr ein processualisches als criminalistisches im engern Sinne. Dies ergiebt sich leicht, wenn man erwägt, daß auch Privatinjurien nach gemeinem Rechte von einer öffentlichen (nicht blos die Satisfaction des Beleidigten bezweckenden) Strafe getroffen werden können [13]), und daß die Behauptung, die injuria publica stehe unbedingt und unter allen Umständen auf einer höhern Stufe der Strafbarkeit als die Privatinjurie [14]), keineswegs allgemein richtig ist, wie auch aus einer einfachen Vergleichung des in den neuern Strafgesetzgebungen bestimmten Strafmaaßes entnommen werden kann, indem z. B. das Hannoversche Criminal-Gesetzbuch Art. 144. für Beleidigung der Amtsehre ein Maximum von 2 Jahren Arbeitshaus bestimmt hat, während die Strafe der Privatverleumdung nach Art. 262. (vergl. mit Art. 20.) bis zu 3 Jahren steigen kann; das Braunschweigsche Gesetzbuch aber im §. 116. die Beleidigung öffentlicher Behörden und Beamten, und im §. 198 u. 199. die (Privat-) Ehrenkränkungen und Verleumdungen demselben Maximum

13) Feuerbach, peinl. Recht §. 293.

14) Vergl. Weber, üb. Injurien u. Schmähschriften. Abth. III. S. 139.

von einjähriger Gefängnißstrafe unterworfen hat. — Das processualische Interesse der Unterscheidung reducirt sich aber zunächst auf die Verfolgung der injuria publica von Staats wegen, sey es im Anklage-Proceß durch einen, im Namen der beleidigten res publica auftretenden Ankläger, oder im Inquisitions-Proceß durch den ex officio verfahrenden Richter, wodurch die Verfolgung nur erleichtert, gerade deshalb aber die Wichtigkeit einer festern Begränzung der s. g. injuria publica vermehrt worden ist.

Das römische Recht zählt die einem Magistratus zugefügten Beleidigungen, ohne sie mit dem, allerdings auch [15]), aber in anderer Beziehung vorkommenden Ausdruck „injuria publica" zu bezeichnen, zu den Fällen der *injuria atrox*, deren Annahme überhaupt nach persönlichen, Orts- und Zeit-Verhältnissen dem richterlichen Ermessen überlassen ist [16]) und wodurch, wie ältere Rechtslehrer oft grundlos angenommen haben [17]), über die Zulässigkeit der Verfolgung von Staats wegen eben so wenig etwas bestimmt ist [18]), als daraus entnommen werden kann, daß in Betreff der einem Magistratus zugefügten Beleidigungen kein Unterschied zu machen sey, ob sie die Magistratur selbst oder nur die Magistratsperson verletzen. Auch die gewöhnlich für die Zulässigkeit einer Verfolgung von Staats wegen in Bezug genommene Stelle [19]) spricht zwar von einer, einem Priester bei Ausübung seiner Amtsfunctionen zugefügten Beleidigung und nennt sie eine atrox

15) L. 1. §. 1. D. de extraord. crim.

16) L. 7. §. 8. D. de injur. (XLVII. 10.). Weber, über Injurien. Abth. I. S. 210 f.

17) Berger, Electa jurispr. crim. T. II. p. 248.

18) Weber, über Injurien. Abth. III. S. 239.

19) *L. 4. Cod. de injur.* (IX, 35.).

injuria, allein hinsichtlich ihrer Verfolgung ist dabei nur von einer Klage des Verletzten die Rede. „*Atrocem* sine dubio injuriam esse factam manifestum est, si *tibi* illata est, *cum esses in sacerdotio* et dignitatis habitum et ornamenta praeferres; et *ideo* vindictam *potes* eo nomine persequi." Die Stelle kann daher für die Feststellung des Begriffes der injuria publica an sich nicht benutzt werden.

Vollkommen beweisend, wenn auch, für Injurien gegen Staatsbeamte, nur durch analoge Anwendung, ist dagegen eine andere Stelle [20]), worin die Injurie wider einen in Ausübung der heiligen Functionen begriffenen (christlichen) Priester und dessen Gehülfen für eine Art von sacrilegium, für ein *publicum judicium*, wobei jeder Bürger als Ankläger auftreten kann, erklärt und der Richter (provinciae rector) ausdrücklich angewiesen wird: „*Nec expectet, ut episcopus injuriae propriae ultionem deposcat.*" Generalisirt man nun diese gesetzliche Bestimmung und wendet sie nicht blos auf beleidigte Kirchendiener, sondern auch auf Staatsbeamte an, so haben wir den Beweis, daß das gemeine Recht die, einem öffentlichen Beamten bei Ausübung seines Amtes zugefügten Injurien als publicum judicium behandelt und dadurch von der, die Injurie nur als Privatdelict anerkennenden Regel abweicht, weil hier die Würde und Autorität des Amtes, und deshalb die res publica (oder ecclesia) selbst, als der (entweder ausschließlich oder wenigstens mit=) beleidigte Theil betrachtet werden muß, wie aus allem, was in L. 10. Cod. cit. zur Motivirung der Bestimmung gesagt ist, zur Genüge hervorgeht.

---

20) L. 10. Cod. de episcop. et cler. (I. 3.).

Auf denselben Gesichtspunkt weist denn auch die, freilich nicht blos auf Beleidigungen zu beschränkende

L. 1. pr. D. Si quis jus dicenti (II. 3.)

hin. Denn, wenn hier dem Richter selbst gestattet wird, „secundum jus *potestatis* suae *jurisdictionem* suam defendere *poenali* judicio", so ist es offenbar nur die verletzte oder Widerstand findende Amtsgewalt oder Amtsautorität und nicht die eigene oder persönliche Ehre des Richters, welche das Gesetz im Auge hat.

In derselben Weise wird auch im canonischen Recht der geistliche Richter zur Erhaltung seiner jurisdictio und auctoritas ermächtigt, Injurien, die ihm bei Ausübung seines Amtes von Partheien, z. B. in den ihm übergebenen Proceßschriften oder bei gerichtlichen Verhandlungen zugefügt werden, von richterlichen Amts wegen zu ahnden, wobei es auch, eben weil das Amt selbst der Gegenstand der Verletzung ist, an sich keinen Unterschied macht, ob der Richter unmittelbar oder die von ihm abgesandten Diener beleidigt werden [21]).

Die peinliche Gerichtsordnung Kaisers Karl V. enthält mit Ausnahme der Bedrohung des libellus famosus oder der Schmähschrift im engern Sinne (Art. 110.) überhaupt keine Bestimmungen über das Verbrechen der Injurie, und wir haben daher auch keine Entscheidung über die hier in Betracht kommende

---

21) Cap 1. de poenis in 6to. „— eos, qui *nuntiis* suis, quos pro illo, vel alias per provinciam illam sua debita *jurisdictione utendo transmittit*, injuriari praesumunt, si hac occasione, *sua in his impediatur jurisdictio* pro injuria hujusmodi, — propria auctoritate punire." Cap. 11. X. de poenis. „Ne judicialis evanescat *auctoritas*, quum de litigatoris improbitate constiterit, *adversus assertionem judicis temere prorumpentis*, juxta superioris arbitrium digna poterit animadversione puniri —."

Hauptfrage in derselben zu erwarten. Doch läßt sich der Art. 215. der P. G. O. in sofern analog gebrauchen, als es darauf ankommt, auch den Fall, wo Jemand wegen Ausübung eines öffentlichen Amtes oder wegen Vollziehung eines obrigkeitlichen Befehls geschmäht wird, in das Gebiet der injuria publica zu ziehen.

Wenden wir jetzt unsern Blick auf die Meinungen und Ansichten der Rechtsgelehrten, so tritt uns freilich ein gewisses Schwanken in Feststellung des Rechts, ein oft principloses und sich selbst widersprechendes Raisonnement und eine große Unbestimmtheit und Zweideutigkeit des Ausdrucks bei den meisten ältern Schriftstellern entgegen, was sich zur Genüge daraus erklärt, daß der gänzliche Mangel einer philosophischen, zur Erkenntniß der innern und allgemeinern Gründe der Gesetze und zur gehörigen Sichtung des positiven Materials nothwendigen Behandlung des Rechts, — theils das geistlose Nachbeten überlieferter Meinungen und die unbedingte Verehrung einer s. g. communis opinio, theils eine völlig unverständige Anwendung einzelner Rechtsbestimmungen und oft widersinnige Analogie zur Folge haben mußte, besonders da, wo die richtige Auffassung des positiven Rechts oder seines Geistes eben durch die Erkenntniß eines höhern, zum klaren Bewußtseyn gebrachten Princips als bedingt erschien; so daß man sich auch nicht darüber wundern kann, wenn z. B. unter Berufung auf L. 5. Cod. ad Jul. maj. von Berger, Electa jurisprud. crim. I. p. 459. der Satz ausgesprochen wird: „Talis autem injuria, istiusmodi collegio s. coetui facta *pro crimine laesae majestatis habetur*" und „injuria illata magistratui, censetur illata ipsi Principi", wie Farinacius, Tiber. Decianus und Petrus Caballus bezeugen. — Allerdings blicken nicht selten auch richtige Gründe und Ansichten durch, ohne jedoch

meistens zur consequenten und nutzbringenden Durchbildung zu kommen.

Schon in Werken italiänischer Juristen, welche überhaupt auf die Entwickelung der gemeinen deutschen Rechtstheorie aus bekannten Gründen von großem Einfluß gewesen sind, und ebenso in den Schriften älterer deutscher Rechtslehrer, findet man die Frage über die Bestrafung der einer obrigkeitlichen Person zugefügten Injurien behandelt, jedoch weniger von dem für uns besonders praktischen, die Verfolgung von Amts wegen betreffenden Standpunkte aus, als vielmehr unter dem Gesichtspunkte einer *atrox injuria*, was sich hauptsächlich auch daraus erklärt, daß eine von principloser Theorie geleitete Praxis auf den gesetzwidrigen Abweg gerathen war, „bei allen Injurien, der Regel nach, den Begriff und die eigentlichen Folgen des Privatdelicts gänzlich hinten an zu setzen und überall, ohne Rücksicht auf die Klage des Beleidigten, eine öffentliche Strafbarkeit der Injurie, mithin die Zulässigkeit fiskalischer Anklagen oder des inquisitorischen Verfahrens von Amts wegen in unsern Gerichten anzunehmen" [22]), wobei die Autorität eines Carpzow, welcher in der Practica nova rer. crim. Qu. 96. nr. 3. aus Julius Clarus Sent. Lib. V. §. ult. Qu. III. nr. 6. (der doch nur von Verbrechen überhaupt, nicht besonders von Injurien spricht) dafür eine s. g. consuetudo universalis entlehnte, und eines Leyser, welchem in den Medit. ad Pand. Spec. 542. med. 5. sogar das römische Recht in dieser Beziehung zum Beweise dienen mußte, — Andere wohl irre führen konnte.

Dabei ist aber der von den ältern Rechtslehrern angeführte Grund, weshalb die injuria magistratui illata als atrox injuria betrachtet werden müsse — nämlich

22) Weber, über Injurien. III. S. 223 f.

„quia *dignitati* dicitur illata injuria", oder weil die „*persona Regiminis*" als angegriffen zu betrachten sey, oder auch weil die Bestrafung einer solchen Injurie „ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem spectat" —, doch auch für unsere Frage nicht ganz bedeutungslos, und zeigt, wie ein dunkeles Gefühl des richtigen Gesichtspunkts für die Rechtfertigung einer öffentlichen Bestrafung und besonders für die dem Magistratus beigelegte Selbstahndungs-Befugniß im Hintergrunde lag. Auch legen schon die ältern Juristen für die Bestrafung Gewicht darauf, ob die Injurie dem Beamten „tanquam *officiali*" oder „tanquam *privato*" zugefügt sey, was nach Conjecturen und Präsumtionen entschieden werden soll [23]). Insbesondere macht schon Myler ab Ehrenbach, welcher in der Hyparchologia Cap. VIII. §. 23 f. sehr umständlich, in seiner Weise, die Beleidigung öffentlicher Beamten bespricht, im §. 36 f. die Bedingung, die Injurie müsse dem Beamten „*contemplatione* oder *intuitu officii*" zugefügt seyn, wodurch er sie von einer dem Richter „non ratione officii sed tanquam *Privato*" zugefügten Beleidigung unterscheiden will. Ob das Eine oder das Andere der Fall sey, soll auch nach ihm durch Schlußfolgerungen und Präsumtionen bestimmt werden, unter Anderm „quando offensio esset facta judici aut officiali sedenti pro Tribunali, auf dem Rathhauß oder in dem Ambthauß vor Amt, vel in ipso executionis actu vel in quolibet alio judiciario actu." Fehle es an solchen Conjecturen, so müsse man („quo *majus* delictum excludatur") im Zweifel annehmen,

---

23) Jul. Clarus Sent. Libr. V. §. ult. Addit. ad Qu. XXXV. Nr. 34. Jac. Menochius de arbitrar. jud. quaest. Lib. II. Cent. III. Cas. 263. Nr. 1—6, Berger, Electa jurispr. crim. Supplem. Pars II. p. 241. 248.

daß die Beleidigung nicht contemplatione officii zugefügt sey, — eine, abgesehen von der Unbestimmtheit der Unterscheidung, gewiß beherzigungswerthe Erinnerung, welche wir z. B. auch bei dem trefflichen Sam. Frid. Boehmer, Observ. sel. ad Carpzov. ad Qu. C. obs. 1. gemacht finden, zugleich aber freilich auch die ungenügende Verweisung der Vorgänger auf Präsumtionen und Conjecturen, wobei meistens zu viel Gewicht auf das Motiv der Beleidigung gelegt wird; wie z. B. auch Boehmer l. c. bemerkt: „Aliud dicendum, si *jurgia privata* causa calumniarum fuerint, vel *odio privato* quis commotus injuriosis verbis personam judicis petierit, quo casu injuria magis pro *privata* habetur", — eine Lehre, die sowohl in ihrer positiven Consequenz für das Daseyn einer injuria publica zu den verkehrtesten Entscheidungen führen mußte.

Es war natürlich, daß, in sofern man die injuria magistratui illata als delictum *publicum* betrachtete, nun entschieden auch die Zulässigkeit einer Official-Untersuchung, unter der Herrschaft des Inquisitions-Processes, anerkannt wurde [24]). Allein die größte Unbestimmtheit herrschte fortwährend in der Theorie bei Beantwortung der Frage, wann denn eigentlich eine, dem Beamten als solchem — zugefügte Injurie vorliege, wobei man sich meistens damit begnügte, alle „contemplatione s. intuitu officii" verübten Beleidigungen dahin zu zählen; wie dies auch von denjenigen Schriftstellern geschieht, welche ganz besonders von Beleidigung der Obrigkeit handeln [25]).

---

24) Berger, Electa jurispr. crim. p. 85.

25) F. C. Harprecht, de injuria magistratui illata. Tubing. 1707. H. Hildebrand, de injuria in magistratum commissa. Altorf. 1720. C. F. Strecker, de injuria

Bei Hildebrand namentlich (Cap. I. §. 4.) findet sich dafür zuerst am bestimmtesten die von Mevius Decis. P. IX. Dec. 111. entlehnte Terminologie „*injuria publica*" im Gegensatz zu der (auch ratione officii) zugefügten *injuria privata*, obwohl er im Widerspruch mit dem Gattungsbegriff die injuria privata als diejenige definirt, welche nicht intuitu officii zugefügt werde, während die Umschreibung der injuria publica:

„— infertur, dum officio suo fungitur publico et justitiam administrat, quae causa ipsum *non ut privatam* sed *publicam personam* concernit" etc.

zu einer richtigen Begriffsbestimmung des Gegensatzes hätte führen können; ebenso wie die Bemerkung von Sam. Fr. Boehmer ad Carpzov. Qu. C. Obs. 1.

„Opprobrium quod verbis alteri opponitur aut *personam* concernit, aut *munus publicum* laedit, prius *privatum* est — posterius *publicum*",

die Sache vom richtigen Gesichtspunkte angreift, aber bei der Anwendung nicht festgehalten wird, indem auch Böhmer den großen Fehler begeht, alle dem Beamten „*intuitu* ejus, ob quod *officio jam functus* est" oder „*ob talem causam*, quae ipsum non ut privatum sed *personam publicam* concernit" zugefügten Beleidigungen als injuriae publicae zu behandeln und sogar den völlig unrichtigen Satz aufzustellen, alle Realinjurien wider denjenigen, der ein öffentliches Amt bekleidet, dazu zu zählen, aus dem sonderbaren, consequenter Weise auch auf Verbalinjurien anwendbaren Grunde, „quum

---

magistratui illata. Erford. 1739. Vergl. über diese Schriftsteller: Weber, über Injur. u. Schmähschriften. Abth. III. S. 197. Note.

dignitas et veneratio personam judicis perpetuo sequatur et factis ejusmodi atrocibus semper *simul* laedatur" [26]).

Es würde offenbar zu weit führen, wollten wir alle criminalistischen Schriftsteller, welche sich über den Unterschied zwischen injuria publica und privata bei der Beleidigung ausgesprochen haben, einzeln durchgehen. Auch würde daraus kein Gewinn zu ziehen seyn, da die wohl vorkommenden Modificationen des Ausdrucks, bei dem Mangel eines bestimmten, mit Consequenz angewendeten Princips bedeutungslos sind [27]).

Der erste Schriftsteller, welcher der Sache tiefer auf den Grund geht und unter Hervorhebung der Mängel, Unbestimmtheiten und Widersprüche seiner Vorgänger, den Begriff der injuria publica schärfer zu fassen und principmäßig zu bestimmen und zu begränzen sucht, ist

Weber, über Injurien und Schmähschriften. Abth. III. S. 190 f.

Dieser Schriftsteller bemerkt a. a. O. S. 197, man müsse das Wesen der öffentlichen Injurie darin finden, daß durch sie dem Ansehen und der Wirksamkeit des öffentlichen Amtes, welches der Beleidigte bekleidet, und der Achtung zuwider gehandelt werde, die man diesem Amte schuldig sey. Sey hingegen (S. 208.) die Vergehung der Art, daß sich keine Verletzung der Rechte des obrigkeitlichen Amtes daraus ergebe, sey dadurch nur den persönlichen Rechten des Beleidigten, als Bürger oder als Privatmann überhaupt betrachtet, zuwider

---

26) Weber, über Injurien. III. S. 214. Wächter, Lehrb. des Strafr. Th. II. S. 115.

27) Man vergl. z. B. Koch, Instit. jur. crim. §. 373. Westphal, Criminalr. Anmerk. 78. §. 5. Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 546. med. 2. Quistorp's Grundsätze des peinl. Rechts. §. 303.

gehandelt worden, so könne man die Sache nicht als öffentliche, sondern nur als Privat-Beleidigung betrachten. Oeffentliche Injurien sind es, sagt Weber (S. 215 f.) unstreitig, wenn

1. Obrigkeiten oder andere Staatsbeamte in der Ausübung ihres Berufs, oder da man mit ihnen ihres Amtes wegen zu thun hat, durch Worte oder Handlungen beleidigt werden, besonders.
2. wenn sich Jemand ihren Verfügungen mit thätlicher oder wörtlicher Beschimpfung widersetzt; oder
3. obrigkeitliche und gerichtliche Anordnungen durch dergleichen Beleidigung zu rächen sucht;
4. wenn man sonst durch unbefugte Handlungen oder Reden gegen den Beamten eine Verachtung seines Amtes an den Tag legt und die Absicht, dieses Amt herabzuwürdigen, dadurch bezeichnet;
5. wenn Jemand die dem Beamten, als solchem, mit vollkommenem Rechte gebührenden Ehrenbezeugungen vorsätzlich unterläßt.

Außer diesen Fällen nimmt Weber keine injuria publica an, und bemerkt ausdrücklich (S. 217.), daß alle übrigen Beleidigungen obrigkeitlicher Personen den Begriff der öffentlichen Injurie nicht auf sich anwenden ließen und als Privatbeleidigung betrachtet werden müßten, wenn gleich im übrigen der Vorwurf allerdings einige Beziehung auf ihr Amtsverhältniß und ihre Amtsführung haben möge.

Dies ist die Webersche Theorie, welche deshalb ausführlicher hervorgehoben werden mußte, weil sie, abgesehen von einzelnen Meinungs-Nüancen, ganz entschieden in das wissenschaftlich begründete Rechtsbewußtseyn der

gemeinrechtlichen Theorie getreten ist, und fast von allen späteren Criminalisten im Princip vertreten wird [28]).

Auch muß man gewiß die Ansicht, daß zur öffentlichen Injurie eine Verletzung des Staatsamts oder des öffentlichen Dienstes als solchen erforderlich sey und es mithin nicht genüge, daß blos das Individuum, welches ein gewisses Staatsamt bekleidet, wenngleich in Beziehung auf seine Dienstverwaltung beleidigt wird, um so mehr als richtig anerkennen, als dieser durch die Wissenschaft festgestellte Satz in der That auch die gemeinrechtlichen Gesetze, eben so sehr wie die Natur der Sache, für sich hat. Hiernach kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß im Allgemeinen der einem Beamten oder auch den Mitgliedern eines Collegiums gemachte Vorwurf, daß sie die Pflichten ihres Berufs sträflich übertreten, sich eines Mißbrauchs ihrer Amtsgewalt schuldig gemacht, oder zur Verwaltung des Amtes unfähig, desselben unwürdig seyen u. s. w., an sich nicht das von Staats wegen zu verfolgende Verbrechen der öffentlichen Injurie begründe, wie alle angeführten neueren Rechtslehrer direct oder indirect anerkennen, während die älteren Criminalisten gerade in dieser Beziehung durch ihr unbestimmtes Prädicat einer „injuria *intuitu* officii commissa" zum Schwanken veranlaßt wurden. Denn solche Vorwürfe

---

28) Man vergl. Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft Th. II. §. 354. (welcher in der Beschränkung der öffentlichen Injurie vielleicht am weitesten geht). Grolman, Grundſ. der Criminalrechtsw. §. 224. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts §. 292. und Mittermaier's Note II. zu §. 297. Henke, Handb. des Criminalrechts Th. II. S. 286 f. Martin, Lehrb. des Criminalr. §. 168. (2te Ausg.). Bauer, Lehr. des Strafr. §. 206. Heffter, Lehrb. des Criminalrechts §. 320. Marezoll, das gem. deutsche Criminalr. §. 119. (S. 369.). Wächter, Lehrb. des Strafr. Th. II. §. 160. (S. 114 f.).

treffen nicht den Staat oder das Staatsamt selbst und sind sogar mit einer hohen Achtung desselben sehr wohl vereinbar; sie verletzen nicht die Ehre des Amtes, sondern nur die Dienstehre des Beamten, welche, wie oben gezeigt wurde, kein öffentliches Recht (des Staats), sondern das Privatrecht des beleidigten Beamten ist. Auch liegt offenbar in dem Vorbringen oder der Aeußerung solcher Vorwürfe an sich kein Unrecht, sondern nur in demjenigen, wodurch sie zur Verleumdung oder zur Injurie in der Form der Handlung werden. Kein Beamter hat ein Recht darauf — so wenig wie ein anderer Staatsbürger — daß seine Würdigkeit nicht in Zweifel gestellt, oder daß Mitbürger und Vorgesetzte hinsichtlich seiner durch Verschweigung begangener Pflichtverletzungen fortwährend in Täuschung erhalten werden müßten. Im Gegentheil ist gerade die Möglichkeit und Zulässigkeit ihrer Aufdeckung die wesentlichste Bedingung zur Erhaltung der Achtung und Würde der Staatsämter selbst, und auch hier die Aeußerung der L. 18. pr. D. de injur. „Peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire" vollkommen begründet [29]).

Fragt man aber, in welchen Fällen von einer Verletzung des Amtes oder der amtlichen Autorität selbst die Rede seyn könne, so soll hier keineswegs die Gliederung und die Ausdrucksweise Webers, welcher fünf Fälle hervorhebt, adoptirt werden. Denn es ist nicht schwer einzusehen, daß die von Weber unter 1. 2. und 5. aufgeführten Fälle sämmtlich unter den Gesichtspunkt der bei Ausübung des Amtes zugefügten Injurie fallen, während der 4te Fall zu unbestimmt gefaßt

---

29) Weber, über Injur u. Schmähschr. Abth. III. S. 206 f. u. S. 217 f. Vergl. auch Hitzig's Annalen, fortges. von Demme. Jahrg. 1844. Novemberheft S. 216 f.

ist, und der 3te Fall, der z. B. auch in neuere Strafgesetzbücher (namentlich das Baierische Art. 405.) übergegangen ist, an sich gar nicht hierher gehört, weil das Motiv der gegen die Person eines Beamten gerichteten Injurie keine Verletzung des Staatsamts oder des Staates selbst begründet, wenn eine solche nicht zugleich in der Form der Handlung enthalten ist. Das war gerade der Fehler der älteren Juristen, daß sie bei ihren Conjecturen und Präsumtionen auf das Motiv des Handelnden zu viel Gewicht legten, und man darf mit Grund behaupten, daß durch Webers 3ten Satz, es sey öffentliche Injurie, wenn Jemand obrigkeitliche und gerichtliche Anordnungen durch Beleidigungen zu rächen suche, seine sonst richtige Lehre wieder völlig untergraben wird, indem man bei jedem (unwahren) Vorwurf einer Pflichtverletzung würde sagen können, er sey aus Rache wegen einer dem Injurianten unangenehmen Amtshandlung gemacht. Ja man müßte sogar annehmen, daß eine jede dem Beamten zugefügte reine Privatinjurie, die nach Form und Inhalt mit dem Amtsverhältniß in gar keiner Beziehung steht, z. B. wenn einem Beamten in einer Privatgesellschaft der Vorwurf begangenen Ehebruchs, falschen Spiels u. s. w. gemacht würde, eine Verfolgung von Staats wegen zulässig sey, sobald nur mit einiger Wahrscheinlichkeit — was zur Einleitung eines Criminalverfahrens bekannter Maßen genügt — sich behaupten lasse, daß sich der Injuriant dadurch wegen einer ihm nachtheiligen Amtshandlung habe rächen wollen. Ueberdies beweist das von

Weber a. a. O. S. 215. Not. 20.

angeführte Beispiel, es sey öffentliche Injurie, wenn ein Verhafteter aus seinem Behältnisse mit Schimpfreden gegen Richter und Magistrat sich vernehmen lasse, um deswillen durchaus nichts, weil auch hierbei das Motiv des Schim-

pfenden etwas ganz unwesentliches und lediglich der Umstand, daß die Schmähungen bei Vollziehung des obrigkeitlichen Befehls gegen die Obrigkeit, als solche, ausgestoßen werden, die Eigenschaft der öffentlichen Injurie begründen kann. — Man kann es daher nur billigen, daß andere neuere Gesetzgebungen, welche sich sonst an die Baierische Legislation anschließen, derselben hierin nicht gefolgt sind; wie z. B. im Hannoverschen Criminalgesetzbuch Art. 143. — die im Entwurfe des Gesetzbuchs sich noch findende Bestimmung „aus Rache wegen einer obrigkeitlichen Verfügung", — weil sie von den Ständen mit Recht einer zu vielfachen Deutung für fähig gehalten wurde, — nicht adoptirt worden ist. Auch findet sie sich z. B. nicht im Braunschweigischen Criminalgesetzbuche §. 116.

So wie zu jeder Injurie eine rechtswidrige, die Ehre eines bestimmten Subjects ihrem Inhalt oder ihrer Form nach verletzende Handlung oder Unterlassung erforderlich ist, so kann auch von einer Amtsbeleidigung oder injuria publica nur dann die Rede seyn, wenn die Würde, das Ansehn oder die Autorität eines bestimmten Staatsamts durch die Handlung oder Unterlassung als gekränkt erscheint. Auch hier ist es entweder die Form oder der Inhalt des Geschehenen, was das Daseyn einer Injurie begründet, oder auch beides zugleich. In sofern nun das Staatsamt nur durch die Person des Beamten handelnd auftritt oder zu einer sichtbaren Persönlichkeit wird, muß die Amtsbeleidigung, abgesehen von der hier nicht in Frage kommenden Schmähung der Staatseinrichtungen als solcher, allerdings die Person des Beamten immer zunächst zum Gegenstande haben. Allein zur Amtsbeleidigung wird sie doch stets nur unter der obigen Voraussetzung.

Dies vorausgeschickt, läßt sich der Umfang der Amtsbeleidigung in folgender Weise zergliedern:

1. Der Form der Handlung nach muß eine Amtsbeleidigung angenommen werden, wenn unter Verhältnissen, wo der Beamte dem Injurianten mit seinem amtlichen Charakter gegenüber stand, oder die obrigkeitliche Autorität als solche in ihrer Wirksamkeit und Willensäußerung zu respectiren war, etwas vorgenommen oder unterlassen wird, was als eine wissentliche Verletzung der, der Würde des öffentlichen Amtes selbst gebührenden Achtung zu betrachten ist. Die gewöhnliche Bestimmung, daß eine Amtsbeleidigung vorliege, wenn der Beamte während der Amtsführung beleidigt werde, ist theils zu unbestimmt, theils zu eng oder beschränkt. Ersteres, weil dadurch nicht ausgedrückt wird, daß der Beamte gerade dem Beleidiger in concreto mit seinem amtlichen Charakter gegenüber stehen mußte, Letzteres, weil nichts darauf ankommen kann, daß der Beamte selbst für seine Person beleidigt werde, oder, daß er, als die Beleidigung geschah, wirklich noch in Vollziehung einer Amtshandlung begriffen gewesen sey. Als Amtsbeleidigung muß daher

a) ohne Zweifel jedes unanständige, die äußere Sitte gröblich verletzende Betragen einer vor Gericht oder einer andern öffentlichen Behörde stehenden Person betrachtet werden, einerlei, ob die Handlung unmittelbar gegen die Person des Richters gerichtet ist, oder z. B. gegen die andere Partei, und ersteren Falls auch ohne Unterschied, ob der Richter in Betreff seiner Amtshandlungen, oder in Beziehung auf reine Privatverhältnisse geschmäht wird, oder sich Jemand durch gewisse, Verachtung ausdrückende Geberden, oder durch eine solche Gesinnung bekundende Unterlassung, einer Injurie wider die Obrigkeit schuldig macht. In vielen

Fällen wird dann mit der Amtsbeleidigung auch eine Privat-Injurie wider die Person des Beamten oder wider ein anderes Subject concurriren; ob und wie weit dies der Fall sey, ist aber hier nicht weiter zu untersuchen, und nur so viel als ausgemacht hervorzuheben, daß beide Eigenschaften der beleidigenden Handlung nicht confundirt werden dürfen, sowohl was die Zulässigkeit ihrer gerichtlichen Verfolgung, als ihre Bestrafung betrifft.

Demnächst ist es, vermöge des aufgestellten Grundsatzes,

b) ohne Zweifel auch als Amtsbeleidigung zu behandeln, wenn sich Jemand in einer bei der Behörde eingereichten schriftlichen Eingabe einer Schmähung der in diesem Verhältnisse mit ihrem amtlichen Charakter ihm gegenüberstehenden Beamten schuldig macht; wenn er den ihm kund gemachten obrigkeitlichen Befehl wörtlich oder symbolisch verhöhnt, z. B. die Ladung, das Decret zerreißt, mit Füßen tritt oder beschmutzt, bei der Vollziehung des Befehls gegen ihn sich Scheltworte wider den Beamten oder andere injuriöse Handlungen erlaubt, oder auf andere Weise seine, den obrigkeitlich ausgesprochenen Willen als solchen verachtende Gesinnung zu erkennen giebt, einerlei, ob dies in Gegenwart eines öffentlichen Dieners geschieht oder nicht. Ist die Beleidigung gegen einen den obrigkeitlichen Befehl vollziehenden Unterbeamten, z. B. gegen einen Polizei- oder Gerichtsdiener gerichtet, so muß die Beschaffenheit der beleidigenden Handlung und ihr Verhältniß zu dem Befehle selbst und dessen Vollziehung darüber entscheiden, ob dadurch (mittelbar) auch die Behörde, welche den Befehl verließ, oder nur der vollziehende Subaltern als beleidigt zu betrachten sey [80]).

80) Arg. L. 15. §. 48. D. de injur. (XLVII. 10.) Vergl. auch v. Bothmer, Erört. u. Abhandl. aus dem Gebiete des Hannoverschen Criminalr. Bd. II. Hft. 2. S. 101 f.

Endlich wird es nach dem unter 1. hervorgehobenen Grundsatz

c) auch keinem Bedenken unterliegen, daß das Abreißen, Beschädigen, Beschmutzen und sonstige thätliche Verunglimpfungen der von der Obrigkeit angeschlagenen Verordnungen, Decrete und Patente, so wie das Verhöhnen einer mündlich publicirten allgemeinen Anordnung, sie geschehe aus Frevel, Muthwillen, Ungehorsam oder Widersetzlichkeit, als eine Amtsbeleidigung betrachtet werden müsse, welcher sich ohne Zweifel ein Jeder schuldig machen kann, welcher dermalen im dauernden oder zeitigen Unterthansverhältniß gegen die verordnende Obrigkeit sich befand.

Außer diesen Fällen, die wir als formelle Amtsbeleidigung bezeichnen können, muß aber auch, um das Gebiet der Amtsbeleidigung ihrem Begriffe gemäß zu umfassen,

2. die Möglichkeit einer materiellen Amtsbeleidigung in dem Sinne anerkannt werden, als der Beamte des Amtes selbst wegen, d. h. wegen Uebernahme oder Ausübung des öffentlichen Dienstes überhaupt, oder wegen Erfüllung seiner Dienstpflicht im Besondern, geschmäht oder beleidigt wird; — ein Fall, der sich von dem an sich nur als Individuum treffenden Vorwurf einer pflichtwidrigen Dienstführung wesentlich unterscheidet, indem eben das Amt oder öffentliche Dienst selbst als Gegenstand der Schmähung betrachtet werden muß. Einen hierher gehörigen analogen Fall enthält der schon oben angeführte Art. 215. der P. G. O., worin diejenigen, welche Handwerksleute, die an der Errichtung von Galgen oder Schaffott gearbeitet haben, deshalb schmähen, mit einer öffentlichen Strafe bedroht werden. Ebenso würde in allen Fällen, wo der Sinn der beleidigenden Handlung

der ist, daß Jemand Verachtung verdiene, oder als verächtlich zu behandeln sey, weil er z. B. Richter, Polizeibeamter, Steuerofficiant sey, das Amt eines Censors oder einen andern öffentlichen Dienst verwalte, ohne Zweifel eine wahre Amtsbeleidigung angenommen werden müssen.

Nimmt man alle diese Fälle unzweifelhafter Amtsbeleidigung zusammen, so stellt sich

1. als eine wichtige Folgerung heraus, daß die Verleumdung oder der, dem Beamten mündlich oder schriftlich gemachte Vorwurf von schimpflichen Thatsachen, Pflichtwidrigkeiten u. s. w. an sich nie unter den Begriff der Amtsbeleidigung fällt, wie dies von einem andern Gesichtspunkte aus auch schon früher ausgeführt worden ist. Nur in sofern die Verleumdung der Form des Vorbringens nach unter den oben aufgestellten ersten Grundsatz fällt, wird sie in so weit, also nicht ihrem Inhalte nach, als Amtsbeleidigung zu betrachten seyn. Daher wird auch ihr Inhalt unmittelbar nicht das Maaß der Strafe bestimmen können. Dieser kommt an sich blos bei der Bestrafung derselben als Privatinjurie in Betracht und nur mittelbar wird die Schwere des Vorwurfs für die dadurch zugleich begangene formelle Amtsbeleidigung von Bedeutung seyn. Aber auch für dasjenige, was wir als materielle Amtsbeleidigung bezeichnet haben, ist der Begriff der Verleumdung [31]) durchaus unanwendbar. Ein Staatsamt kann geschmäht, der Beamte wegen dessen Ausübung beschimpft, oder in beleidigender Weise darüber geurtheilt werden; eine Verleumdung des Amtes ist aber unmöglich, weil das Amt selbst nicht handelt und kein Un-

31) Vergl. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts §. 284,

recht thun kann. — Eine genügende Bestätigung dieser Ansicht liegt auch in den neueren Strafgesetzgebungen. Nirgends wird hier, (z. B. auch nicht im Hannoverschen Criminalgesetzb. Art. 143. und nicht im Braunschweigischen Gesetzb. §. 116.) zwischen Injurie und Verleumdung unterschieden, während bei den Privatinjurien großes Gewicht darauf gelegt wird.

2. Eine andere wichtige Folgerung betrifft die Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit. Diese beschränkt sich ihrer Natur nach auf bestimmte, der Ehre nachtheilige Thatsachen und die dadurch unmittelbar gerechtfertigten Urtheile über eine bestimmte Person. Da aber in Beziehung auf das Amt selbst die Möglichkeit eines seiner Würde widersprechenden Handelns ganz wegfällt, und das mit der Begründung eines öffentlichen Amtes verbundene Urtheil des Staats jedes schimpfliche Urtheil einer Privatperson über dasselbe unbedingt zu einem widerrechtlichen macht, so ist von selbst einleuchtend, daß von der Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit mit der Wirkung eines Aufhebungsgrundes der Strafbarkeit weder in Beziehung auf die materielle, noch hinsichtlich der formellen Amtsbeleidigung die Rede seyn könne, wie auch die neueren Gesetze, — vergl. das Hannov. und Braunschw. Gesetzb. a. a. O. —, ihrer hier gar nicht gedenken, und den Umstand, daß der Officiant den Beleidiger durch gesetz- oder ordnungswidriges Betragen gereizt habe, nur als Strafzumessungsgrund berücksichtigt wissen wollen. Dies ist der völlig richtige Gesichtspunkt, und in so fern kann natürlich auch in Betreff der Amtsbeleidigung die Wahrheit der behaupteten, durch den Beamten angeblich verschuldeten Gesetz- oder Ordnungswidrigkeit in den Kreis der Official-Untersuchung gezogen werden müssen. Andrerseits versteht es sich aber auch von selbst, daß,

in so fern in der Form des Vorbringens durchaus keine Verletzung der dem öffentlichen Amte selbst gebührenden Achtung gefunden werden kann, mithin der Begriff einer Amtsbeleidigung ganz cessirt, — die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung deshalb wieder ganz irrelevant ist. So wird z. B. die Aeußerung einer Partei vor dem Richter, sie halte das Urtheil für ein gesetzwidriges und wende deshalb Rechtsmittel dawider ein; oder sie könne das Protokoll nicht unterschreiben, weil es dem wahren Hergang nicht entspreche, sollte auch der Oberrichter das Urtheil bestätigen, oder die letztere Behauptung sich als unbegründet erweisen, nicht als eine Verletzung der dem Amte schuldigen Achtung betrachtet werden können. Wurde dagegen die Behauptung in beleidigender Form vorgebracht und durch dieselbe die dem Amte schuldige Achtung verletzt, z. B. Richter oder Protokollführer-Schurke, Betrüger, Falsarius genannt, so wird wieder die Strafbarkeit der dann vorhandenen formellen Amtsbeleidigung durch den Beweis einer wirklich begangenen Pflichtverletzung nicht aufgehoben, sondern höchstens nur gemildert werden können.

XIV.

Ueber den gefährlichen Diebstahl nach Art. 159. der Carolina.

Von
Herrn Dr. Hammer
in Greifswald.

Die nachfolgende Abhandlung ward als Beantwortung der von der Juristenfakultät in Greifswald für 1844 gestellten Preisfrage, betreffend eine sorgfältige Interpretation des Art. 159. der Carolina, verfaßt und mit dem Preise gekrönt. Mit Genehmigung der Fakultät, und in der Hoffnung, dem juristischen Publikum durch eine sorgfältige Betrachtung des so viel bestrittenen 159. Art. der Carolina einen nicht unwillkommenen Beitrag zur Aufhellung dieser höchst verwickelten und doch in der Praxis so wichtigen Lehre vom gefährlichen Diebstahl zu liefern, — wagt es der Verfasser, die Resultate seiner Untersuchungen öffentlich mitzutheilen. Der Interpretation des Artikels selbst geht eine Geschichte derselben voraus, welche die verschiedenen Ansichten, die in zahlreichen Schriften über diese Lehre niedergelegt sind, historisch zusammenfaßt und charakterisirt. — Wenn der würdige Klien in seiner Revision der Grundsätze über den Diebstahl S. 398. schon vor 40 Jahren sagte: „durch das Studium der Abhandlungen älterer und neuerer Schriftsteller, die über den ge-

fährlichen Diebstahl vorhanden sind, habe ich mich überzeugt, daß es fast nicht möglich ist, jetzt einen neuen Gesichtspunkt auszufinden, aus welchem diese wichtige Lehre zu betrachten wäre"; — wenn ferner seit jener Zeit, wo Klien dies schrieb, viele ausgezeichnete Criminalisten sich mit Untersuchungen über „diese wichtige Lehre" beschäftigt und die Resultate derselben dem Publikum vorgelegt haben, so wird man den Verfasser entschuldigen, wenn er weniger Neues als vielmehr das bisher Gesagte zusammengestellt und sorgfältig beurtheilt mit steter Rücksicht auf die Worte der Carolina, in dem Folgenden der öffentlichen Beurtheilung übergiebt. Der Verfasser unterläßt es, die Literatur über die fragliche Lehre hier schon anzuführen, da im Laufe der Abhandlung die betreffenden Schriften vollständig erwähnt und beurtheilt werden müssen.

§. 1.

Darstellung und Kritik der früheren Erklärungen des Art. 159.

Der Art. 159. der Carolina, welcher der Kern und Sitz der Materie vom geflissenen gefährlichen Diebstahl ist, führt in den ersten Ausgaben die Ueberschrift: „von ersten geverlichen Diebstelen durch einsteigen oder brechen, ist noch schwerer"; in späteren Ausgaben finden sich noch die Worte: „oder mit Waffen", die nach Feuerbach's Ansicht [1]) schon den ersten Ausgaben nach dem Willen des Gesetzgebers hinzugefügt werden sollten, aber durch Nachlässigkeit des Druckers ausgelassen wurden. Andere Schriftsteller dagegen, wie Klein und Hommel, behaupten, jene Worte „oder mit Waffen" seyen von spä-

1) „Betrachtungen über den 159. Art. der P. G. O." in der Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft, von Grolman, Band 2. Stück 1. Betracht. 2. S. 110.

teren Herausgebern nur der Deutlichkeit wegen, der ursprünglichen Ueberschrift beigefügt worden. Doch dieser Streit ist für die Lehre selbst zu unwichtig, da uns die Worte des Artikels selbst genügend Aufschluß über den Willen des Gesetzgebers geben, als daß wir dessen Entscheidung durch literarhistorische Untersuchungen versuchen sollten: Die Worte des Artikels selbst aber sind in der Original-Ausgabe der Carolina folgende:

„Item so aber ein Dieb in vorgemeltem stelen, jemandts bei Tag oder Nacht, in sein Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, damit er jemandt der ihm Widerstandt thun wollt', verletzen möcht, zum stelen eingeht, solches sey der erst oder mer Diebstall, auch der Diebstall groß oder kleyn, darob oder darnach berüchtigt oder betretten, so ist doch der Diebstall darzu, als obsteht, gebrochen oder gestigen wirdt ein geflißner geverlicher Diebstall. So ist in dem Diebstall, der mit Waffen geschicht, eyner Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen. Darum in diesem Fall, der Mann mit dem Strang, und das Weib mit dem Wasser oder sonst nach Gelegenheit der Personen, und Bemessung des Richters im andern Weg, mit Ausstechung der Augen, oder Abhauung eyner Hand, oder eyner andern dergleichen schweren Leibstraff gestraft werden soll."

Diese Worte sind es nun, deren richtige Erklärung von so vielen Criminalisten versucht wurde, weil auf ihrem richtigen Verständniß die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl beruht.

Schon Klien und Feuerbach geben die Kürze des Ausdrucks, die Zusammenziehung und mangelhafte Construction des Artikels in sprachlicher Beziehung, als den Grund der Schwierigkeit an, die dem Ausleger dieses Gesetzes entgegensteht und eine solche Verschiedenheit der Ansichten hervorgebracht hat. Dazu kommt noch die

fährlichen Diebstahl vorhanden sind, habe ich mich überzeugt, daß es fast nicht möglich ist, jetzt einen neuen Gesichtspunkt auszufinden, aus welchem diese wichtige Lehre zu betrachten wäre"; — wenn ferner seit jener Zeit, wo Klien dies schrieb, viele ausgezeichnete Criminalisten sich mit Untersuchungen über „diese wichtige Lehre" beschäftigt und die Resultate derselben dem Publikum vorgelegt haben, so wird man den Verfasser entschuldigen, wenn er weniger Neues als vielmehr das bisher Gesagte zusammengestellt und sorgfältig beurtheilt mit steter Rücksicht auf die Worte der Carolina, in dem Folgenden der öffentlichen Beurtheilung übergiebt. Der Verfasser unterläßt es, die Literatur über die fragliche Lehre hier schon anzuführen, da im Laufe der Abhandlung die betreffenden Schriften vollständig erwähnt und beurtheilt werden müssen.

§. 1.

Darstellung und Kritik der früheren Erklärungen des Art. 159.

Der Art. 159. der Carolina, welcher der Kern und Sitz der Materie vom geflissenen gefährlichen Diebstahl ist, führt in den ersten Ausgaben die Ueberschrift: „von ersten geverlichen Diebstelen durch einsteigen oder brechen, ist noch schwerer"; in späteren Ausgaben finden sich noch die Worte: „oder mit Waffen", die nach Feuerbach's Ansicht [1]) schon den ersten Ausgaben nach dem Willen des Gesetzgebers hinzugefügt werden sollten, aber durch Nachlässigkeit des Druckers ausgelassen wurden. Andere Schriftsteller dagegen, wie Klein und Hommel, behaupten, jene Worte „oder mit Waffen" seyen von spä-

1) „Betrachtungen über den 159. Art. der P. G. O." in der Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft, von Grolman, Band 2. Stück 1. Betracht. 2. S. 110.

teren Herausgebern nur der Deutlichkeit wegen, der ursprünglichen Ueberschrift beigefügt worden. Doch dieser Streit ist für die Lehre selbst zu unwichtig, da uns die Worte des Artikels selbst genügend Aufschluß über den Willen des Gesetzgebers geben, als daß wir dessen Entscheidung durch literarhistorische Untersuchungen versuchen sollten: Die Worte des Artikels selbst aber sind in der Original-Ausgabe der Carolina folgende:

„Item so aber ein Dieb in vorgemeltem stelen, jemandts bei Tag oder Nacht, in sein Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, damit er jemandt der ihm Widerstandt thun wollt', verletzen möcht, zum stelen eingeht, solches sey der erst oder mer Diebstall, auch der Diebstall groß oder kleyn, darob oder darnach berüchtigt oder betretten, so ist doch der Diebstall darzu, als obsteht, gebrochen oder gestigen wirdt ein geflißner geverlicher Diebstall. So ist in dem Diebstall, der mit Waffen geschicht, eyner Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen. Darum in diesem Fall, der Mann mit dem Strang, und das Weib mit dem Wasser oder sonst nach Gelegenheit der Personen, und Bemessung des Richters im andern Weg, mit Ausstechung der Augen, oder Abhauung eyner Hand, oder eyner andern dergleichen schweren Leibstraff gestraft werden soll."

Diese Worte sind es nun, deren richtige Erklärung von so vielen Criminalisten versucht wurde, weil auf ihrem richtigen Verständniß die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl beruht.

Schon Klien und Feuerbach geben die Kürze des Ausdrucks, die Zusammenziehung und mangelhafte Construction des Artikels in sprachlicher Beziehung, als den Grund der Schwierigkeit an, die dem Ausleger dieses Gesetzes entgegensteht und eine solche Verschiedenheit der Ansichten hervorgebracht hat. Dazu kommt noch die

Höhe der Strafen, die unbegreifliche Grausamkeit, mit welcher der Gesetzgeber, in Beziehung auf die Art der Verübung, so wie der Folgen, so höchst verschiedene Verbrechen bedroht. Dies führte denn dahin, daß die Rechtsgelehrten die Erfordernisse des Verbrechens, welche der Gesetzgeber alternativ aufstellt, zusammenwarfen und z. B. nur den mit der Strafe des Hängens belegten, der bewaffnet einen Einbruch begangen, während das Gesetz den einfachen Einbruch sowohl, wie das Stehlen mit Waffen, mit dem Tode bestraft wissen will. — Als die ältesten Ausleger der Carolina können wir Gobler und Remus nennen, Gobler's Versio C. C. C. in latinum sermonem, Basel 1543, scheint bald in Vergessenheit gekommen und überhaupt nur wenig bekannt gewesen zu seyn, denn wir finden bei den älteren Rechtsgelehrten stets die Nemesis Carolina des Remus (Herbornae Nassoviorum 1594) der Interpretation der Carolina zum Grunde gelegt, so wie auch in den Uebersetzungen der Carolina von den Interpreten der folgenden Zeit die meiste Aehnlichkeit mit der Arbeit von Remus. Dennoch ist die Arbeit Gobler's in Beziehung auf richtige Uebertragung und Einsicht in den Willen und Geist des Gesetzgebers die vorzüglichere, was besonders auch in Hinsicht auf die Interpretation unseres Artikels gilt. Koch [2]) und in neuerer Zeit Abegg haben sich um die Beurtheilung und Herausgabe bei den Uebersetzungen ein bleibendes Verdienst erworben. Eine sorgfältige Vergleichung beider Arbeiten mit dem Texte der Carolina wird die Richtigkeit unserer obigen Behauptung darthun. Schon bei diesen ersten Bearbeitern der Carolina finden wir eine mannigfache Verschiedenheit in der Auffassung und Auslegung des

---

2) Vorrede zur Peinlichen Gerichts=Ordnung Kaiser Karl V. Gießen 1773.

159. Artikels; und wiewohl beiden das vollständig richtige Verständniß des Artikels nicht zuerkannt werden kann, so nähert sich doch die Arbeit Gobler's mehr dem wahren Sinn des Gesetzes. Gobler z. B. übersetzt jenen streitigen Ausdruck „Behaltung" richtig mit aedificium, worunter nur Gebäude zur Aufbewahrung von Thieren und andern Gegenständen zu verstehen, während Remus zu „Behaltung" auch jede Kiste, Schrank u. s. w. rechnet. Gobler läßt ferner den Kaiser nur vom bewaffneten Diebstahl sprechen und bezieht die verschiedenen Strafen nur auf die verschiedene Art, wie der bewaffnete Diebstahl begangen werden kann. Remus dagegen meint, daß nur der Diebstahl mit Waffen mit dem Tode bedroht sey, während der Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen mit „einer andern dergleichen schweren Leibstraff" bestraft werden müsse. — Im Ganzen haben aber die Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts äußerst wenig für die Auslegung der Carolina geleistet, denn sie beschäftigten sich nach der Sitte jener Zeit mehr mit dem Römischen Recht, suchten mehr Analogien aus diesem für das Deutsche Criminalrecht und der Erklärung dieses aus jenem nachzuweisen, als ein genaueres Verständniß der einheimischen Gesetze. Dies zeigen uns die Arbeiten eines Vigelius, Damhouderus, Stephanus, Zieritzius, Manzius Bullaeus, Gilhausen rc., welche zu der Uebersetzung der Carolina höchstens erklärende Bemerkungen aus dem Römischen Recht hinzufügten, aber ein tieferes Eingehen in den Geist und die Bedeutung des Deutschen Criminalrechts nicht versuchten. Daher sind denn die Arbeiten jener Juristen, wohin auch Clasenius zu rechnen, für die Interpretation unseres Artikels äußerst dürftig, höchstens daß sie uns durch Schilderung des criminalrechtlichen Zustandes ihrer und früherer Zeiten manche Erläuterungen zum Verständniß einzelner Bestimmungen der Carolina geben. Als aber in der Mitte

und am Ende des 17. Jahrhunderts die Juristen Deutschlands anfingen, der vaterländischen Jurisprudenz größere Aufmerksamkeit zuzuwenden, als allmählig der Einfluß der Carolina auf die Bildung und Entwickelung des Deutschen Strafrechts geltend geworden: da begann man auch die Bestimmungen der Carolina zu prüfen und ihre Auslegung zu versuchen. Allein die Zeit war weiter fortgeschritten, der Zustand der socialen und geistigen Bildung entsprach nicht mehr dem harten und strengen Zeitalter der Carolina und den Rechtsgrundsätzen, die aus jenem hervorgegangen: — man fand die Strafen der Carolina zu hart und suchte nun die Worte des Gesetzes durch Interpretation ihrer ursprünglichen und klaren Bedeutung zu entkleiden, man häufte die Erfordernisse eines Verbrechers, um die gesetzliche Strafe geregelter zu finden. Als Vertreter dieser Richtung gilt gemeiniglich Carpzow, mit dem die Entwickelung des Deutschen Strafrechts in ein neues Stadium tritt. In Beziehung auf die Interpretation unseres Artikels hat man Carpzow nicht mit Unrecht beschuldigt, daß er durch seine Auslegung dieses Gesetzes Grund und Anlaß zu einer völlig verkehrten Auffassung des Sinnes der Carolina gegeben, daß er eigentlich erst die große Verwirrung in die Lehre vom gefährlichen Diebstahl gebracht habe. Allein man hat auch hier wieder dem Meister vieles aufgebürdet, was erst seinen Schülern und Nachfolgern zur Last fällt, welche Carpzow's Ansichten mißverstanden haben. In seiner Practica nova pars II. quaest. 79. sagt aber Carpzow in Beziehung auf den Art. 159: „non omnis apertura et effractio in tantum aggravat furtum, ut suspendii poena pro hoc sit reo imponenda, sed ea demum delictum hoc atrox reddit et poenam auget, quae cum violentia vel coadunatis hominibus et armata manu perpetratum et per quam pax publica aliquo modo turbatur." Unter

effractio violenta et seditiosa versteht er aber den Einbruch, der mit Waffen und Anwendung von großer Gewalt verübt wird, woraus leicht eine seditio, das ist, eine Störung der öffentlichen Ruhe, ein Zusammenlauf von Menschen entstehen kann. Wenn schon hieraus die Willkürlichkeit der Carpzow'schen Erklärung unseres Artikels ersichtlich ist, da der Kaiser weder vom bewaffneten Einbruch, noch von der dadurch bewirkten Störung der öffentlichen Ruhe, sondern einfach vom Diebstahl mit Einbruch oder mit bewaffneter Hand spricht — so überschreitet doch Carpzow offenbar die Grenzen der Auslegung positiver Gesetze, wenn er hinzufügt, daß der einfache Einbruch oder das Einsteigen dann der gesetzlichen Todesstrafe unterliege, wenn der Werth der gestohlenen Sachen 5 solidi (Gulden oder Ungarische Dukaten) erreiche oder übersteige. Carpzow greift hier in das Amt und die Befugniß des Gesetzgebers ein, denn er stellt einen Rechtsgrundsatz auf, der den klaren Worten des Gesetzes, dem deutlich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers durchaus zuwider ist. Der Art. 159. sagt nämlich: „der Diebstall sei groß oder klein, so ist doch der Diebstall zu dem als obsteht gestiegen oder gebrochen wird, ein geflißner geverlicher Diebstall", auf den als ordentliche Strafe der Tod gesetzt ist. Es leuchtet ein, daß hier auf den Akt des Einsteigens und Einbrechens das größte Gewicht gelegt und nur das verbrecherische Eindringen in das Heiligthum des Hauses als Hauptpunkt der Strafbarkeit angesehen ist. Erwägt man hiebei, daß die Größe des Diebstahls immer oder doch in den meisten Fällen vom Zufall abhängt, da der Dieb gewiß stets so viel nehmen wird als er findet, und dieser Umstand allein, daß gerade mehr oder weniger werthvolle Gegenstände am Ort des Diebstahls vorhanden, unmöglich einen Maßstab für die größere oder geringere Strafbarkeit des Verbrechers abgeben kann: so wird man

die Bestimmung der Carolina, daß auf den Werth der gestohlenen Sachen beim gefährlichen Diebstahl, d. h. dem wegen der Art der Verübung besonders strafwürdigen, nichts ankommen soll, höchst verständig und sachgemäß finden müssen. — Ist doch der Umfang und die Art der Rechtsverletzung der Unterscheidungsgrund zwischen gemeinem und gefährlichem Diebstahl, und letzterer die Art des Diebstahls, wodurch auch andere Rechte, als das des Eigenthums verletzt werden. Dagegen kommt der Werth des gestohlenen Objects nicht in Betracht, wo die Art der Verübung, wie im Art. 159., das allein qualificirende Moment ist. Dies fühlte der Verfasser der Carolina, und darum setzte er eine und dieselbe Strafe auf den gefährlichen Diebstahl, mochte der Gegenstand des Diebstahls den Werth von 5 solidi erreichen oder nicht, also ein großer oder kleiner Diebstahl im Sinn der Carolina seyn. —

Diese so vernunftgemäße Bestimmung glaubte nun Carpzow sua auctoritate verändern zu können, und er that es, indem er behauptete, der bewaffnete Diebstahl müsse im Sinn der Carolina unbedingt mit dem Tode bestraft werden, der Diebstahl mit Einbruch oder Einsteigen aber nur dann, wenn der Gegenstand des Delicts den Werth von 5 Gulden erreiche oder übersteige. Carpzow's Ansehen verschaffte dann dieser Interpretation bei den meisten Criminalisten und Gerichtshöfen jener Zeit Eingang und allgemeine Geltung, so daß diese Carpzow'sche Ansicht, nach dem eigenen Zeugniß der Juristen, communis doctorum opinio wurde und die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl auf Carpzow's Orakelsprüche gebaut wurde. Gewiß beklagenswerth ist diese Abhängigkeit der Richter von den Aussprüchen eines bekannten Rechtsgelehrten, aber interessant ist es, die Geständnisse der Juristen zu vernehmen, welche die Irrthümer ihres Meisters einsehen und doch von der communis opinio, dem allge-

meinen Gebrauche, nicht abgehen wollen. So findet sich in der Collectio nova consiliorum JCtor. Tubingens. vol. V. cons. 104. folgende Stelle: „und ob man zwar nicht in Abred sein kann, daß mitior haec sententia, kraft deren die drei erst angeführten circumstantiae (ascensio, effractio, armorum allatio) delictum furti aggravantes ad poenam laquei dictitandam, copulative concurriren müssen, ex singulari aequitatis consideratione in die Uebung gekommen und so fortan frequentiore praxi et communiore calculo befestigt worden, auch bei uns also im Schwange sein; so ist dennoch auch nicht zu läugnen, daß dieselbe dem heitern Buchstaben sanctionis Carolinae allerdings zuwider sei, kraft deren auch die poena laquei statt finden soll, wenn auch nur eins von denen Umständen disjunctive oder alternative, es sei das Steigen oder Einbrechen oder die Waffen, das factum beschweren." Allein troß dieses Geständnisses wagen jene Tübinger Rechtsgelehrten es dennoch nicht, dem Geist und „heitern Buchstaben" der Carolina gemäß, den des Einbruchs überwiesenen Dieb auf den Galgen zu schicken, sondern sie dictiren ihm eine geringe Strafe, weil: „mitior et benignior illa sententia et communi usu confirmata ex qua effractio modo violenta et ingenti quadam vi vel cum armis peracta, furtum reddat periculosum et suspendio dignum."

Die Interpretation des Art. 159, wie sie von Carpzow gegeben, beruht nun wesentlich auf dem Gesichtspunkt der Gefahr, die den Bewohnern des Gebäudes und den etwa herbeieilenden Nachbarn, durch Diebe, welche mit Waffen oder andern gefährlichen Werkzeugen versehen sind, droht. Carpzow geht von der Ansicht aus, daß nur ein solcher Diebstahl zu den gefährlichen nach dem Sinn der Carolina gehöre, dessen Verübung leicht auch einen Mord

oder wenigstens eine Verwundung der an den Ort des Dieb-
stahls Kommenden zur Folge haben kann. — Dies ist
aber nur dann zu befürchten, wenn die Diebe mit solchen
Werkzeugen versehen sind, die zum Angriff oder zur Ver-
theidigung gebraucht, das Leben oder die Gesundheit des
damit Verletzten mit gefährden. Da nun beim Diebstahl
mit Einsteigen oder Einbrechen der Dieb selten solche gefähr-
liche Instrumente, die ihm nur bei der Verübung des
Diebstahls hinderlich sind, bei sich zu haben pflegt, so
hält er auch einen solchen Diebstahl, der ohne Waffen,
d. h. überhaupt, zum Verletzen geeignete Gegenstände,
ausgeführt wird, für einen nicht gefährlichen. Ebenso
betrachtet er auch den mit Waffen, Einsteigen und Ein-
brechen verübten Diebstahl nur dann als einen gefährlichen,
wenn er an einem von Menschen bewohnten Orte und in
einem solchen Gebäude geschieht, in welches der Dieb
nur mit großer Mühe und bedeutendem Kraftaufwande,
also auch mit Anwendung von Brechwerkzeugen einzudrin-
gen vermag, weshalb er zwischen Gebäuden in der Stadt
und auf dem Lande als solchen, die gewöhnlich schlecht ver-
wahrt zu seyn pflegen, unterscheidet, und nur den in erste-
ren begangenen Diebstahl vermittelst Einbrechen, Einstei-
gen und mit gewaffneter Hand, zu den gefährlichen rech-
net. Aber gerade diese Unterscheidung zwischen ländlichen
und städtischen Gebäuden, diese so willkürliche Auslegung
des Wortes „Behausung" im Texte der Carolina, em-
pörte das Rechtsgefühl vieler Juristen, welche den Bauer
in seiner ländlichen Hütte vom Gesetz ebenso geschützt wis-
sen wollten, wie den Reichen in seinem steinernen Pallaste,
und in diesem Sinne sagt daher K r e ß in seinem Commen-
tar zur Carolina ad art. 159: „dicitur in textu in
genere: „„in sein Behausung"" sive in urbe sive
ruri, sive splendidam et lapideam sive miseram
et quocunque ligno confectam. Hanc enim san-

ctitatem imperator cuilibet domicilio tribuit, ut in eo dominus securus sit et ne a furibus illi vis inferatur. Nec solida ratio differentiae allegari potest, cur verbi gratia, burgensibus major securitas publica auctoritate praestari debeat quam ruricolis et pauperibus." Ebenso kräftig kämpfen Tabor [3]), Gnaßius [4]), Daniel Bardili [5]), Schierschmid [6]), Pufendorf [7]), Meister [8]), Meckbach [9]), Struben [10]), Berger [11]), Dorn [12]), Quistorp [13]), H. de Boden [14]), Christian Jacobi [15]), Böhmer [16]), Koch [17]) und viele andere ausgezeichnete Juristen gegen Carpzow's Behauptungen. Carpzow konnte aber seine Ansichten nur auf eine neue Willkürlichkeit bauen, indem er nämlich die Worte des Textes: „bricht oder steigt oder mit Waffen eingeht" so erklärte, daß man brechen oder steigen und zugleich mit Waffen eingehen müsse, um eines gefährlichen Diebstahls schuldig zu werden. Er vereinigte also die Erfordernisse des gefährlichen Diebstahls zu einem einzigen, nämlich der Be-

3) Racemationes pag. 241. n. XXII.

4) Collatio juris civ. Rom. cum recess. imperat. Germ. sectio XIII. p. 17.

5) Conclus. forens. exercit. III. v. 5.

6) Dissert. de furto qualificato.

7) Observat. jur. univers. T. II. obs. 186.

8) Rechtliche Erkenntnisse, decis. 74.

9) Anmerkungen über Kaiser Carl V. P. H. G. O.

10) Rechtliche Bedenken Th. 3. S. 71.

11) Electa jur. crim. cap. 2. pag. 35.

12) Prakt. Commentar §. 143.

13) Grundsätze des Deutsch. peinl. Rechts Th. 2. §. 349.

14) Diss. de furto periculoso §. 46.

15) Diss. de poena furti §. 10. not. c.

16) Quaest. selectae ad Carpzov. ad quaest. 79.

17) Inst. jur. crim. §. 191.

waffnung, die er als einziges und nothwendiges Merkmal des gefährlichen Diebstahls aufstellte. Aus dieser Carpzow'schen Theorie und aus dem Kampfe gegen dieselbe entwickelte sich eine neue Auffassung des 159. Art., die, wenn auch nicht gerade den Worten, doch dem ganzen Geist des Gesetzes zuwider ist, aber bis zum Anfang dieses Jahrhunderts fast alle Criminalisten zu ihren Anhängern zählte. Schon Tabor [18]) und Kreß [19]) theilen diese Ansicht, die in Böhmer [20]) und Grolman [21]) ihre beredtsten Vertheidiger gefunden. Böhmer nämlich, den ich als Repräsentanten dieser Schule hier behandeln kann, behauptet: das Wesen, die ratio des gefährlichen Diebstahls, wie ihn der Art. 159. beschreibt, beruhe auf der Gefahr für Menschen, welche die Verübung eines solchen Diebstahls mit sich führe; jener Ausdruck: gefährlicher Diebstahl, sey also so zu verstehen, daß ein solcher Diebstahl nebst der Sicherheit des Eigenthums zugleich und hauptsächlich auch das Leben und die Gesundheit der Menschen gefährde. Und Böhmer glaubt um so mehr an die Richtigkeit seiner Interpretation des Art. 159, als er sich nur aus dieser Rücksicht auf die den Besitzenden durch solche Diebstähle drohende Lebensgefahr die Größe und Härte der auf den gefährlichen Diebstahl gesetzten Strafen erklären kann. Von diesem Gesichtspunkte, daß nämlich durch den Diebstahl mit Einsteigen, Einbrechen und mit Waffen das Leben der an ihrem Eigenthum Beschädigten selbst und ihre Gesundheit bedroht sey, die Gefährlichkeit dieser Arten des Diebstahls sich also vorzüglich auf die

---

18) Racemationes pag. 238.

19) Commentarius ad C. C. C. ad art. 159.

20) Meditationes ad C. C. C. ad art. 159.

21) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 187 ff. und Bibliothek f. P. Rechtswissenschaft Bd. 1. St. 2. Nr. 2.

Menschen beziehe — von diesem Gesichtspunkte ausgehend, erklärt Böhmer den Art. 159. so, daß er zwar drei Arten des gefährlichen Diebstahls: Einbrechen, Einsteigen und Bewaffnung, unterscheidet, aber für alle drei als wesentliches Merkmal und Erforderniß die Gefahr für Menschenleben aufstellt. Da nun aber nicht jeder Diebstahl vermittelst Einsteigen oder Einbrechen wirklich eine Gefahr für die Bestohlenen begründet, so läßt auch Böhmer nur diejenigen Fälle zu, wo eine solche Gefahr wirklich vorhanden, wo es also wahrscheinlich, daß die Diebe im Fall der Entdeckung sich in einen Kampf mit den herbeikommenden Bewohnern würden eingelassen haben. Zu diesen Fällen rechnet er das Einsteigen in die höheren Räume der Gebäude, weil von da der Rückweg für die Diebe schwer, und diesen, wenn sie durch die Ankunft von Menschen gestört werden, nichts anderes übrig bleibt, als sich mit Gewalt den Rückweg zu erzwingen. Ebenso rechnet er dahin den Einbruch vermittelst gefährlicher Werkzeuge, deren sich der Dieb auch zum Angriff und zur Vertheidigung bedienen kann. Dagegen räumt er auch ein, daß in ländlichen und weniger festen Wohnhäusern ein gefährlicher Diebstahl verübt werden kann. Die Theorie Böhmer's unterscheidet sich also von der Carpzow'schen dadurch, daß Jener drei Arten des gefährlichen Diebstahls, die in Beziehung auf ihre Ausführung verschieden, anerkennt und die Bewaffnung nicht als wesentliches Moment des gefährlichen Diebstahls überhaupt gelten läßt, während Carpzow nur eine Art dieses Diebstahls, nämlich den mit Waffen verübten, als allein den Menschen Gefahr drohend und die Todesstrafe begründend, angesehen wissen will. Carpzow und dessen Anhänger leiten jene Gefahr, deren Object, beiden Schulen gemeinsam, die Menschen sind, aus der Bewaffnung des Diebes her, während die Böhmer'sche Schule neben dieser

noch die gefährliche Lage des Diebes selbst, im Fall der Entdeckung, als die Gefahr der „Vergewaltigung und Verletzung" wohl begründend, ansieht. Aber auch die von Tabor, Kreß, Böhmer und Grolman aufgestellte und vertheidigte Ansicht über die Bedeutung des Art. 159, und die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl, vermochte sich nicht in der allgemeinen Geltung zu behaupten, wiewohl bis in die neueste Zeit sehr viele Criminalisten sie noch als die einzig richtige und dem Sinn der Carolina entsprechende darstellen. Von den Schriftstellern aber, welche der Böhmer'schen Ansicht folgten, nenne ich hier: Carrach[22]), Meister[23]), Stelzer[24]), Dorn[25]), Quistorp[26]), Püttmann[27]), Winkler[28]), Grolman[29]), Bauer[30]). Alle diese Schriftsteller halten den Gesichtspunkt der Gefahr für Menschen als wesentliches Merkmal des gefährlichen Diebstahls fest, wenn sie auch über viele einzelne Rechtsfragen aus diesem Theile des Strafrechts verschiedener Ansicht sind. — Dieser ganzen Schule und ihrer Auffassung des Art. 159. schroff gegenüber stehen diejenigen Rechtsgelehrten, welche die im Art. 159. aufgeführten Arten des Diebstahls vom Gesichtspunkte der durch sie dem Eigenthum allein, den Sachen, drohenden Gefahr betrachten. Diese Schriftsteller sagen nämlich, die im Art. 159. beschriebenen Diebstähle seyen nur deßhalb ausgezeichnet und mit härterer

---

22) Rechtliche Urtheile n. 12. S. 178.
23) a. a. O. Decis. 74.
24) Diss. de furibus armatis.
25) Prakt. Commentar §. 143. c.
26) Grundsätze §. 351. u. 352.
27) Elementa jur. crim. §. 464. n. *k*.
28) De furto periculoso observationes quaedam obs. 1 u. 2.
29) a. a. O.
30) Lehrbuch rc. §. 238 u. 241.

Strafe als die einfachen bedroht, weil aus ihnen eine ganz besondere Gefahr für die Sicherheit des Eigenthums erwachse. Diese Gefahr selbst aber begründen sie wieder theils aus der Natur dieser Diebstähle, die aller unserer Vorsichtsmaßregeln und Schutzmittel spotten und alle Sicherheit des Eigenthums völlig aufheben, indem nicht Schloß, nicht Riegel, nicht wohlverwahrte Thüren, selbst nicht die Höhe der Gebäude unsere Habe genügend gegen sie schützen; — theils aber aus der Persönlichkeit des Diebes selbst, der auf eine für ihn selbst so gefährliche und gewagte Weise unser Eigenthum bedroht und sich dadurch als einen dem Staate und der gesammten Menschheit gefährlichen Menschen manifestirt. Nach der Ansicht jener Juristen hat die Rücksicht auf die Größe der Gefahr, die der Sicherheit des Eigenthums und der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt, aus solchen Diebstählen, vor denen kaum die größten Vorsichtsmaßregeln schützen können, und aus der Persönlichkeit und Gesinnung derer, die einen solchen Diebstahl verüben, erwächst, den Verfasser der Carolina veranlaßt, den Diebstahl mit Einsteigen, Einbrechen oder mit Waffen, als besonders gefährlichen und größerer Strafe würdigen, auszuzeichnen und zu behandeln. Die Härte der Strafen aber, welche für Verletzungen des Eigenthumsrechtes in der That auffallend schwer sind, rechtfertigen jene Schriftsteller durch den bürgerlichen Zustand, die Rechtsunsicherheit jener Zeit und die Nothwendigkeit, strenge Strafen für Verbrechen aufzustellen, welche damals so überhand nahmen; sie berufen sich ferner auf die alten Germanischen Volksrechte, nach denen die Diebe meist mit dem Tode bestraft wurden, auf jenen bekannten Satz des Sachsenspiegels: „den dief sal man henken", auf die Const. Frider. II. in II. Feud. 27, 8, worin es heißt: „si quis quinque solidos aut valentiam vel amplius fuerit furatus, laqueo suspendatur", und end-

lich auf die Carolina selbst, welche ja schon den einfachen Diebstahl, sobald der Werth der gestohlenen Sachen 5 Gulden übersteigt, mit dem Tode bedroht. Daß aber in der That die größte Strenge gegen die Diebe nothwendig war, um in dem so verwilderten, sittlichen und socialen Zustande jener Zeit die friedlichen Bürger vor den Unbilden und Angriffen der Diebe und Räuber zu schützen und dem gesunkenen und verwahrlosten Zustand der Rechtspflege, durch Execution harter Strafen, aufzuhelfen, das beweisen uns die Schilderungen und Klagen aller Schriftsteller jener Zeit. Es sey mir vergönnt, aus einer spätern Zeit die Worte Leyser's anzuführen, mit denen er den bürgerlichen und rechtlichen Zustand seines Zeitalters schildert, und wir werden gewiß nicht mit Unrecht aus dem Zustand jener Zeit auf die früheren im Ganzen gewiß noch roheren und verwilderteren Zustände des Zeitalters Carls V. schließen können, welche den Gesetzgeber zu solcher Strenge gegen die Uebertreter des Gesetzes veranlaßten.

Leyser in seinen Medit. ad Pandectas vol. VIII. spec. 335. ergeht sich in Lobeserhebungen über die eben angeführte Verordnung Frid. II. und die Bestätigung desselben in den Artikeln 159 u. 162. der Carolina, worauf er in Klagen und Vorwürfe gegen die Richter ausbricht, welche diese Gesetze umgehen, zu mild interpretiren und den Dieben dadurch Straflosigkeit sichern. Hierauf fährt er fort: innumera inde nascuntur mala. Non civis a cive, non hospes ab hospite securus. Obsidentur a praedonibus viae publicae, spoliantur in nundinis mercatores et frequentius adhuc mercantes (ein Trost für die vielen auf unsern Jahrmärkten Bestohlenen), ut profecto major in Arabum desertis, quam in solemnibus mercatibus, securitas sit; habitatores oppidorum aegre domunculas suas et patrimonialia contra vim et fraudem tuentur,

ruricolas vero sola egestas defendit, si quis ex illis paulo locupletior est, nocturnas insidias vix effugit — nullus fere est in pagis sacerdos opulentior quam fures non bis aut semel saltem in vita expilarint. (Die alte fromme Zeit?!)

Diesem traurigen Zustande will nun Leyser durch strenge Interpretation der Gesetze, besonders unseres Art. 159. und durch Execution der darin festgesetzten Strafen, abhelfen, weßhalb er sich an die Richter wendet und ihren Beistand in Anspruch nimmt. Ganz begeistert ist er aber für unsern Art. 159: „ille enim conservationem pacis ac securitatis domesticae spectat et propter eam poenas tam graves sancit." In gleicher Weise äußert sich zur Rechtfertigung unseres Gesetzes ein Jurist Stockhausen in einer Dissertatio de odio singulari erga fures, indem er sagt: „quam vero illa aetate propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam poenae antiquae civiles (Romanae?) ad ea coërcenda non amplius sufficere viderentur, severius furta vindicari placuit et ubique fere terrarum poena mortis contra fures facinorosos statuta reperitur, juxta illud vulgatum: crescentibus delictis crescunt poenae. Imprimis in Germania, ubi tanta irrepserat furandi frequentia, ut vix quispiam contra malitiam et furum rapacitatem suas res in aedibus suis potuerit secure custodire — ad deterrendos alios et ad pacem et tranquillitatem securitatemque conservandam, poena suspendii legibus imperii, est introducta." — So wissen denn jene Juristen, welche die der Sicherheit des Eigenthums drohende Gefahr als wesentliches Merkmal der im Art. 159. behandelten Diebstähle betrachten, die Strafbestimmungen der Carolina zu erklären und zu rechtfertigen; allein auch ihre Ansicht kann bei

einer genauen Prüfung des fraglichen Gesetzes nicht Stich halten, denn die Carolina giebt ja für den Diebstahl „so mit Waffen geschicht" als ratio und Grund der Auszeichnung an, daß dabei „eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen", und dieser Umstand ist denn auch für den bewaffneten Diebstahl das überwiegende und charakteristische Moment. — Von den Juristen aber, welche auf die eben geschilderte Weise unsern Artikel interpretiren, erwähne ich hier: Leyser[31]), Hellfeld[32], Martin[33]), Heffter[34]). Ein neues Stadium für die Geschichte der Interpretation unseres Artikels beginnt mit Feuerbach, welcher in einer Abhandlung über den Art. 159. der Carolina (in der Bibliothek für Peinl. Rechtswissenschaft Bd. 2. Betracht. 2.) eine neue Theorie für den gefährlichen Diebstahl begründete. Feuerbach nämlich theilt, nach Anleitung der Worte des Gesetzes selbst, die im Art. 159. behandelten Diebstähle in zwei Klassen: die erste umfaßt die, vermittelst Einsteigen und Einbrechen verübten Diebstähle, die zweite den Diebstahl mit Waffen. Diese Eintheilung gründet er auf die zwiefache Charakterisirung dieser Diebstähle im Gesetz selbst, und giebt für die erste Klasse als bezeichnendes Moment die Worte: „so ist — der Diebstahl dazu gebrochen oder gestiegen wird, ein geflißner gefährlicher Diebstahl" an, während die zweite Klasse durch die Worte: „so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschicht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen", bestimmt und charakterisirt werden soll. Besonders auf den Ausdruck „geflißner" weist Feuerbach, als höchst wesentlich für das Verständniß

---

31) Meditationes ad Pandectas vol. VIII. sp. 535 u. 536.
32) Opuscula, XIV. de justitia poenarum capitalium §. 15.
33) Lehrbuch rc. §. 153 u. 154.
34) Ebendas. §. 502.

des Gesetzes, hin, und baut hierauf seine Theorie von der Eintheilung der gefährlichen Diebstähle. Durch den Ausdruck „geflißner Diebstahl" hat nämlich der Gesetzgeber, nach Feuerbach's Ansicht, die gefährliche Gesinnung des Diebes, der eine gewisse Hartnäckigkeit, ein wohlüberlegtes, vorher berechnetes und gleichsam systematisches Sündigen durch solche Diebstähle an den Tag lege, bezeichnen wollen. Diese Geflissenheit, dieses überlegte und vor Nichts zurückschreckende Handeln, diese Verhärtung gleichsam im Bösen, soll nach Feuerbach's Meinung sich durch Diebstähle, die der Dieb nicht ohne eigne Gefahr, nicht ohne große Anstrengung, ausführen kann, deutlich manifestiren, und zu solchen Diebstählen rechnet er den vermittelst Einsteigen oder Einbrechen verübten. In Rücksicht auf diese Folgerungen nun, die sich aus diesen Arten des Diebstahls auf die Gesinnung des Diebes ziehen lassen, soll der Kaiser einen solchen Dieb einen geflißnen und eben deshalb höchst gefährlichen genannt haben, der mit Recht und um des allgemeinen Wohls willen mit dem Tode gerichtet werden soll. Da also die Persönlichkeit des Diebes bei dieser ersten Klasse des gefährlichen Diebstahls besonders in Betracht kommt, so nennt Feuerbach diese den „subjectiv gefährlichen Diebstahl." Den bewaffneten Diebstahl dagegen, welcher die zweite Klasse des gefährlichen Diebstahls bildet, nennt Feuerbach den „objectiv gefährlichen", weil nämlich hiebei nicht die Persönlichkeit des Diebes, sondern dessen Waffen als „an sich" Gefahr drohend, das wesentliche Moment seyn sollen. Object der Gefahr sind aber im ersten Falle die Sachen, das Eigenthum der Bürger, im zweiten nächst diesem hauptsächlich das Leben und die Gesundheit des Bestohlenen selbst, die durch die Bewaffnung des Diebes in hohem Grade gefährdet sind. Diese ganze Auffassung des Art. 159, die dem Geist des Ge-

setzes gewiß am nächsten kommt, ist nur in Beziehung auf die technischen Ausdrücke, auf die Eintheilung der Gefährlichkeit in subjective und objective, irrig [35]). Die Bezeichnungen „subjectiv und objectiv gefährlich" entsprechen durchaus nicht dem Begriff und Wesen dieser Verbrechen; denn abgesehen davon, daß man beide Ausdrücke bequem umtauschen und darthun kann, daß der bewaffnete Dieb mindestens eben so sehr subjectiv gefährlich ist, wie der mit Einsteigen oder Einbrechen einen Diebstahl begehende, so nimmt doch diese ganze Benennung die Person des Diebes als Basis und Eintheilungsgrund an, während man richtiger nach dem Object der Gefahr die gefährlichen Diebstähle unterscheiden und trennen kann. Es läßt sich gewiß nicht nachweisen, daß der bewaffnete Dieb, welcher nicht einmal vor Gewaltthätigkeiten zurückbebt, sondern sich dazu rüstet, jede Störung in der Ausführung seines verbrecherischen Vorsatzes mit Gewalt der Waffen zurückzuweisen, eine minder verderbte und gefährliche Gesinnung darthue, als der, welcher in der Nacht, bauend auf die Abwesenheit und Sorglosigkeit der Bewohner, vermittelst Steigen oder Brechen in ein Haus eindringt, um einen Diebstahl zu begehen. Ersterer beweist im Gegentheil mehr Verwegenheit, und verbrecherischen Muth, da er sich für den Fall der Störung und Entdeckung auf Gegenwehr gefaßt macht, während der letztere allein auf den Schlummer der Bewohner und seine Gewandtheit, glücklich und unentdeckt zurückzukehren, rechnet. Deshalb ist es mindestens ungenau und undeutlich, zu behaupten, der Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen sey ein subjectiv-, der mit Waffen ein objectiv-gefährlicher Diebstahl. Warum will

---

35) Vergl. Klien Revision S. 409. Not. i, und Kritisches Archiv der neuesten jurist. Literatur, von Danz u. Gmelin, über Feuerbach's Betrachtungen in der Bibliothek f. p. Rechtswissenschaft.

man aber nicht ganz einfach den gefährlichen Diebstahl nach der Art wie er verübt werden kann, oder nach der verschiedenartigen Gefahr, die uns daraus erwächst, eintheilen, und den Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen als einen solchen bezeichnen, der unser Eigenthum und die öffentliche Sicherheit überhaupt auf ganz besondere Weise gefährdet, während man den bewaffneten Diebstahl als einen solchen charakterisiren kann, der auch unsere persönliche und körperliche Sicherheit bedroht. — Wenn aber Feuerbach auf die Gesinnung des Diebes, auf dessen Geflissenheit, ein so besonderes Gewicht legt und darnach den mit Einbruch und Einsteigen verübten Diebstahl vom bewaffneten unterscheidet, so ist diese Eintheilung gewiß nicht in der Natur und dem Wesen dieser Diebstähle begründet, wie es überhaupt kaum durchzuführen seyn möchte, in Beziehung auf die Gesinnung der Thäter einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten des gefährlichen Diebstahls nachzuweisen, da die Art und Weise der Ausführung solcher Diebstähle nur selten einen richtigen und genügenden Schluß auf die mehr oder minder gefährliche Gesinnung der Verbrecher begründen kann. Daher haben auch einige Rechtslehrer, die im Ganzen der Feuerbachschen Interpretation des Art. 159. beistimmen, als charakteristisches Merkmal des geflissen gefährlichen Diebstahls nur die größere Gefahr für die Sicherheit des Eigenthums, nicht aber die gefährliche und schändliche Gesinnung des Thäters, angegeben. Uebrigens ist die Feuerbach'sche Auslegung unseres Gesetzes auch darum dem Geist sowohl als den Worten des Textes angemessener wie die früheren Interpretationen, als sie auch für den einfachen Einbruch und den Diebstahl mit Einsteigen, in welcher Art von „Behausung oder Behaltung" er auch verübt worden seyn mag, die Todesstrafe als ordentliche im Art. 159. der Carolina auf diese Art von Diebstahl gesetzte Strafe, for-

dert. Mit Feuerbach stimmen nun überein: v. Almendingen[36]), Roßhirt[37]), Wächter[38]), Abegg[39]), Marezoll[40]), während andere Schriftsteller, wie Klein[41]), Klien[42]), Konopak[43]), Püttmann[44]), Salchow[45]), Gmelin[46]), Henke[47]), Kappler[48]), Dollmann[49]), Hepp[50]), Mittermaier[51]), auf die größere Gefahr für das Eigenthum, als ratio des geflissenen gefährlichen Diebstahls, zum Unterschiede vom bewaffneten, der die Furcht einer „Vergewaltigung und Verletzung" begründet, mehr als auf die gefährlichere Gesinnung dieser Diebe Nachdruck legen. — So ist denn gegenwärtig der Streit über die Bedeutung und den wahren Sinn des Art. 159. und somit über das Wesen und die Eintheilung des gefährlichen Diebstahls noch nicht erledigt, vielmehr zählt noch jede der drei zuletzt behandelten Interpretationsweisen unter unsern Criminalisten ihre Gönner und Anhänger, wiewohl die Ansicht

36) Bibliothek f. P. Recht. Bd. 2. S. 370.
37) Lehrbuch u. s. w. §. 174.
38) Lehrbuch §. 192.
39) Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 358.
40) Das gemeine Deutsche Criminalrecht S. 398.
41) Grundsätze des gemeinen Deutschen peinl. Rechts §. 442.
42) Revision rc. S. 408 ff.
43) Archiv des Criminalrechts Bd. 5. Abth. 7.
44) Handbuch Bd. 2. §. 463 ff.
45) Lehrbuch §. 378 ff.
46) Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen §. 100.
47) Handbuch Bd. 2. §. 146 ff.
48) Handbuch der Literatur des Criminalrechts sub: gefährlicher Diebstahl.
49) Die Entwendung S. 85.
50) Archiv des Criminalrechts Bd. 14. S. 362.
51) Note zu §. 334. von Feuerbach's Lehrbuch und Archiv des Criminalrechts Bd. 2. S. 517.

Feuerbach's mit einigen Modificationen, nach der individuellen Ueberzeugung jedes Einzelnen, jetzt als communis doctorum opinio angesehen werden kann. Wenn aber einzelne Criminalisten, wie Kleinschrod[52]), auf Carpzow's viel bekämpfte und bereits beseitigte Behauptungen zurückgehen und den klaren Worten unseres Gesetzes zuwider nur eine einzige Art des gefährlichen Diebstahls, nämlich den bewaffneten, anerkennen wollen; so kann dies nur als eine Singularität, als ein erfolgloser und mißlungener Versuch zu einer Auslegung unseres Artikels betrachtet werden, — auch hat, so viel uns bekannt, Kleinschrod, nach den scharfsinnigen und erschöpfenden Untersuchungen eines Grolman und Feuerbach, unter den Juristen der neuern Zeit keine Anhänger für seine Ansichten zu finden vermocht. Da es nun für die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl, so wie besonders für die Strafbestimmungen für dieses Verbrechen, von der größten Wichtigkeit ist, ein genaues und richtiges Verständniß des Art. 159, der ja noch immer die Quelle und Basis dieser Lehre ist, zu erlangen — so wird der nachfolgende Versuch einer sorgfältigen, den Worten so wie dem Geist der Carolina angemessenen Auslegung des fraglichen Artikels wenigstens nicht überflüssig erscheinen, wenn es auch dem Urtheile des juristischen Publikums überlassen bleiben muß, zu entscheiden, ob durch diese Arbeit die Sache selbst gefördert und mehr Klarheit in diesen dunkeln Theil der Criminalrechtswissenschaft gebracht worden ist.

§. 2.

Erklärung des Art. 159. im Allgemeinen.

Die Carolina unterscheidet bekanntlich in Beziehung auf die Ausführung des Diebstahls zwischen dem gemei-

52) In s. Abhandlungen aus dem Peinl. Recht Th. 2. Betrachtung 6.

nen und gefährlichen. Den letztern behandelt sie in dem Art. 159. und führt hier als die drei Begehungsweisen desselben das Einsteigen, Einbrechen und Stehlen mit Waffen an; den gemeinen oder einfachen Diebstahl dagegen unterscheidet sie von dem gefährlichen stets durch Hinzufügung der Worte „doch außerhalb steigen oder brechen", oder „so der Dieb dazu doch nit gestiegen oder gebrochen oder mit Waffen gestohlen hett"; Umstände, die den Diebstahl zum gefährlichen machen und ein höheres Strafmaß begründen sollen. Diese Zusätze finden wir in dem Artikel 157, der vom „allerschlechtesten heimlichen Diebstahl", 158, der vom „ersten öffentlichen Diebstahl damit der Dieb beschrien wird" (furtum manifestum), im Art. 160, welcher vom „ersten großen Diebstahl über 5 Gulden werth" handelt. Aus diesem Umstande, daß der Gesetzgeber bei den Strafbestimmungen der genannten Diebstähle stets voraussetzt, daß keine „beschwerende Umstände" als Steigen oder Brechen oder Stehlen mit Waffen vorhanden, leuchtet schon ein, wie großes Gewicht auf diese drei Arten der Ausführung von Diebstählen gelegt ist, und wie es gerade diese sind, welche den Diebstahl zu einem gefährlichen machen. — Nachdem nun der Gesetzgeber den kleinen heimlichen Diebstahl im Art. 157. behandelt und im Art. 158. verordnet hat, daß die Strafe für den Dieb schwer seyn solle, wenn der Diebstahl öffentlich d. h. so begangen wird, daß der Thäter „damit berüchtigt beschrien oder betreten würde", — wendet er sich im Art. 159. zum gefährlichen Diebstahl, dessen größere Strafwürdigkeit schon durch die Worte der Ueberschrift: „ist noch schwerer", angedeutet wird. Man hat lange gestritten, welche Benennung für den Diebstahl in genere, welcher in diesem Artikel behandelt wird, die angemessenste sey; G o b l e r übersetzt den Titel des Artikels mit den Worten: „de primis et malitiosis furtis

ascensu aut effractione patratis, quod gravissimum"; Remus dagegen sagt: „de furto violento, quod per effractionem aut in locum superiorem adcensu fit", woraus ersichtlich, daß die Gobler'sche Uebersetzung den Worten und dem Sinne des Textes weit entsprechender ist, als die des Remus, welcher schon durch die Ueberschrift den Fall des Einsteigens darauf beschränkt, daß der Dieb in ein höheres Stockwerk und überhaupt in die Höhe steigen muß, um eines gefährlichen Diebstahls sich schuldig zu machen, während doch der Text einfach vom Einsteigen spricht, worunter auch das Steigen von Oben nach Unten und in die unteren Räume der Gebäude zu verstehen ist. Allein die Uebersetzung des Remus scheint den Beifall vieler Juristen gefunden zu haben, denn Stephanus Zieritzius, Leyser, Clasen und Andere begreifen die Arten des gefährlichen Diebstahls ebenfalls unter dem gemeinsamen Namen furtum violentum, eine Bezeichnung, die weder den Worten der Carolina, noch dem Begriff und Wesen des Diebstahls, für den sie gelten soll, entspricht. Noch unglücklicher ist aber der Ausdruck furtum qualificatum für den gefährlichen Diebstahl, dessen sich Beyer [1]), Ludovicus [2]), Grassius [3]) und selbst Kreß und Koch [4]) bedienen, wogegen Böhmer richtig bemerkt, daß der Name furtum qualificatum zu allgemein sey, da ja zu den qualificirten Diebstählen auch die durch Zeit, Ort und Gegenstand des Verbrechens ausgezeichneten gehören. Carpzow nennt, gemäß seiner Theorie, den gefährlichen Diebstahl: furtum violentum et seditiosum. Böhmer dagegen, Hellfeld, Winkler und die meisten neueren

1) Delineatio jur. crim.

2) Notae ad C. C. C. ad art. 159.

3) a. a. O. 4) a. a. O.

Criminalisten bezeichnen die im Art. 159. behandelten Diebstähle mit dem gemeinsamen Namen: furtum periculosum, oder „ausgezeichnete Diebstähle" und unterscheiden wieder zwischen dem furtum audax, dem verübten Diebstahl, dem furtum violentum, Diebstahl mit Einbruch, und dem furtum armatum oder periculosum im engern Sinne, dem „eigentlich gefährlichen." Mir scheint der Ausdruck „gefährlicher Diebstahl" als Collectivname für die drei einzelnen Species: Diebstahl mit Einbruch, Einsteigen und mit Waffen, der passendste, da er sowohl den Worten des Gesetzes wie dem Wesen jener Diebstähle gemäß ist. —

Man hat in neuester Zeit behauptet, der Ausdruck: „geverlicher Diebstahl", dessen sich der Gesetzgeber im Art. 159. zur Bezeichnung der durch die Art der Verübung ausgezeichneten Diebstähle bedient, — habe gar nicht den Sinn, der ihm von den meisten Criminalisten untergelegt werde. „Geverlich" bedeute nämlich hier nicht so viel wie periculosus, unser heutiges „gefährlich", sondern es bezeichne vielmehr die dolose Gesinnung des Diebes, dessen Bosheit und verbrecherischen Willen, und sey darum gar nicht auf die That selbst, sondern nur auf den Thäter zu beziehen. Wäre diese Behauptung richtig, so würden die bisherigen Interpretationen des Art. 159, welche alle von der Voraussetzung ausgehen, daß der Ausdruck „geverlicher Diebstahl" sich auf das Verhältniß des Verbrechens zum allgemeinen Wohl, zur Sicherheit des Eigenthums beziehe, unbrauchbar seyn, indem sie das Wesen und den Charakter der im Art. 159. behandelten Verbrechen durchaus verkannt und die ganze Lehre vom gefährlichen Diebstahl auf falsche Principien gebaut hätten. Nach den früheren Interpretationen nämlich waren es die Handlungen des Verbrechers und deren *Folgen*, welche der Charakterisirung der gefährlichen Dieb-

stähle zum Grunde gelegt wurden. Es war die That selbst in ihren verschiedenen Richtungen und Beziehungen auf die Person des Verbrechers sowohl, wie auf das Gemeinwohl, welche den Maßstab für die Beurtheilung und Bestrafung dieser Diebstähle abgab. Brachten auch einige Juristen den gefährlichen Diebstahl nur mit der Person der hierdurch Bedrohten in Verbindung und charakterisirten sie denselben durch die Beziehung, in den er zu den Bestohlnen stehen sollte (Gefahr für Menschen); — betrachteten Andere wieder das Verbrechen des gefährlichen Diebstahls von dem Gesichtspunkt der dem Eigenthum allein daraus erwachsenden Folgen, und faßten Andere endlich diesen Diebstahl in seiner Beziehung zu Personen und Sachen auf: — so war doch allen Criminalisten, welche sich mit der Auslegung des Art. 159. beschäftigt haben, dies gemeinsam, daß sie Alle die That, das Verbrechen selbst, wegen der Art, wie es begangen wurde, und der Folgen, die daraus erwachsen, als Bestimmungsgrund dieser Art des Diebstahls und als Grund der höhern Strafwürdigkeit ansehen. Allein nach der Ansicht neuerer Juristen bezieht sich der Ausdruck „geverlicher Diebstahl" nur auf die Person des Diebes — er soll nur die Gesinnung, den sittlichen Zustand des Verbrechers, keineswegs aber die That, den Diebstahl selbst, charakterisiren. — Demnach halten diese Juristen die im Art. 159. behandelten Diebstähle für solche, die einen besonders bösen und verbrecherischen Willen, eine gewisse Absichtlichkeit und Planmäßigkeit im Stehlen, der Urheber verrathen. Dies soll nun der Charakter dieser Verbrechen, dies der Auszeichnungsgrund derselben seyn und zugleich den Standpunkt angeben, von dem dieser ganze Artikel zu betrachten sey. So äußert sich Marezoll a. a. O. §. 129. folgendermaßen über den Art. 159: „der gemeinschaftliche Grund, warum diese drei Arten von Diebstahl auf gleiche Weise

und so streng bedroht sind, liegt in der subjectiven Bosheit, nach dem Ausdrucke der Carolina: in der Geflissenheit und Geverlichkeit dieser Diebe; — der jetzt gewöhnliche, gemeinschaftliche Name: gefährlicher Diebstahl, scheint aus einem Mißverstehen des von der Carolina in einer ganz andern Bedeutung gebrauchten Ausdrucks: geverlich, hervorgegangen zu seyn"; und Note 2. sagt derselbe: „geverlich bezeichnet nämlich hier besonders in Verbindung mit dem Worte: geflissen, einen besonders hohen Grad von subjectiver Bosheit." Herrmann, in seiner Commentatio ad art. 159. C. C. C. Kiel 1844, theilt diese Ansicht, nur daß er den bewaffneten Diebstahl gar nicht von demselben Gesichtspunkte, wie den Diebstahl mittelst Einbrechen und Einsteigen, betrachtet wissen will, sondern für diesen das im Artikel selbst angegebene Merkmal: Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung, als hinreichenden Bestimmungsgrund gelten läßt. — Bei diesen Juristen sind es also einzig und allein die Diebe selbst, welche den Grund zu der ganzen Kategorie der gefährlichen Diebstähle abgeben. Denn die Gesinnung, die „subjective Bosheit" der Diebe ist es, welche das Wesen dieser Verbrechen und die Unterscheidung derselben von andern Arten des Diebstahls begründet, nicht die That selbst, der in die Erscheinung getretene verbrecherische Wille.

Daß nun der Ausdruck: geverlich, im Altdeutschen wirklich unserm „boshaft, böswillig, hinterlistig" u. s. w. entspricht, daß es den Begriff des Dolus, des verbrecherischen bewußten Willens hat, beweisen sowohl die Abstammung des Wortes, als auch tausend Stellen aus den Schriften des Mittelalters und der Carolina selbst [5]).

5) Diese sprachlichen Nachweisungen verdankt der Verfasser zum größten Theil der Güte des Herrn Professor Höfer in Greifswald.

Geverlich, geuerlich, geferlich, und wie dies Adjectiv immer geschrieben seyn mag, kommt von dem alten Worte fâra mit der Bedeutung von insidiae, seditio und zugleich entsprechend unserm heutigen Worte: Gefahr; das Verbum hiezu ist fâren in der Bedeutung von observare, insidiari, (vergl. Graff Althochdeutscher Sprachschatz Th. III. S. 575.). Später finden sich die Ausdrücke: gevaerde und gevaere von demselben Stamme und gleicher Bedeutung, so auch das Verbum: gevaerden nachstellen; die Adjectiva gevaere — gevaeric hinterlistig, auflauernd, feindlich, und selbst gevaerlich, finden sich in der Bedeutung von: was schaden kann und will, in den mittelhochdeutschen Quellen [6]). Schmitthenner Deutsches Wörterbuch S. 143. sagt: Gefâhr von fâren nachstellen, also drohender Nachtheil, gefährlich was schaden kann und will. — Im Nordischen findet sich ebenfalls das Substantiv fara Gefahr und fartig gefährlich, so im Schwedischen und Dänischen, allein hier ist die objective Bedeutung von periculosus was schadet, Gefahr bringt, die gewöhnlichere.

Aus dem Angeführten ergiebt sich nun, daß das Wort geverlich allerdings die Bosheit, Absichtlichkeit, den Dolus überhaupt, bezeichnet; allein mit dieser Bedeutung ist die objective von Gefahr bringend so innig verknüpft und verwebt, daß beide oft gar nicht getrennt und in ihrer einzelnen Bedeutung nachgewiesen werden können; — der Begriff von Schaden bringend, nachtheilig, ist gleichsam nur die praktische Anwendung, die Folge jener ersten Bedeutung von geverlich: was schaden will, hinterlistig, nachstellend. Allmählig entwickelte sich nun der objective, mehr immaterielle Begriff von geverlich,

6) Vergl. Ziemann Mittelhochdeutsches Wörterbuch S. 119. Wackernagel Wörterbuch zum Altdeutschen Lesebuch. *Spalte 242.*

wie es überhaupt in der Entwickelung jeder Sprache liegt, die sinnliche, der einfachen äußerlichen Anschauungsweise mehr entsprechende Bedeutung der Wörter zu objectiviren, zu vergeistigen; — der Begriff des Dolus für fära, Gefahr, trat allmählig zurück und die Bedeutung von periculum, als dem aus dem Dolus entstehenden oder drohenden Schaden, ward allgemeiner. Im Anfang des 18ten Jahrhunderts ist die ursprüngliche Bedeutung des alten fära und gevaerlich verschwunden, wenigstens sagt Frisch in seinem Deutschlateinischen Wörterbuch beim Worte Gefahr S. 239: fahr, periculum, gefährlich, periculosus, fahr, vor Alters fraus, dolus, besonders Gefährde. Für die Zeiten der Carolina nun läßt sich die doppelte Bedeutung von geverlich schon ganz sicher nachweisen, beide verschwimmen übrigens so oft in einander und sind so schwankend, daß man vielfach in Zweifel ist, in welcher Bedeutung, ob der subjectiven oder der objectiven, es gerade gebraucht sey. Da die Bedeutung von malitiosus für geverlich die ursprüngliche und häufigere ist, so werde ich nur die Bedeutung von periculosus, als in dieser Zeit schon ganz üblich, nachzuweisen haben. Vergleiche zu diesem Zweck in den Reichsgesetzen jenes Zeitalters folgende Stellen. Im Landfrieden zu Worms 1495 findet sich oft der Ausdruck: ungeferlich Geleit, wo der Zusammenhang klar beweist, daß ungeferlich in der Bedeutung von nicht Gefahr bringend, non periculosus, gebraucht ist (siehe Landfriede zu Worms 1495. §. 4 und öfter); ferner Landfriede zu Augsburg 1548. tit. VI. §. 1. §. 2 und öfter, tit. XIII. findet sich der Ausdruck: „ohn gefährliche Weiterung und größern Unrath", wo, ebenfalls gefährlich in dem Sinn von periculosus gebraucht ist; ferner tit. XIV. §. 1. — Reichsabschied zu Regensburg 1531. tit. IV.; Reichsabschied zu Augsburg 1552. im Eingang §. 4; Executionsordnung zu

Augsburg 1555. §. 40. §. 60. und an vielen andern Stellen. Haltaus im Glossarium germanicum Spalte 610. führt unter gefährlich ebenfalls die Bedeutung von periculosus an. Aber auch die Carolina braucht an vielen Stellen das Wort geverlich oder geferlich in unserer heutigen Bedeutung, so in der Vorrede (in Bedenkung der größ und fertigkeyt) Art. 11: zu schwerer geverlichen Peinigung der Gefangenen, wo Gobler geverlich mit periculosus übersetzt; — Art. 17: in eyner bequemen sichern ungeverlichen statt (securus locus Gobler), Art. 25: geverlichen Orten (periculosis locis Gobler); Art. 34: oder sunst mit geverlichen Streichen — geschlahen hat (noxios ictus Gobler); Art. 41: geverlichen Feuerwerken (noxiis instrumentis); Art. 43: mit solchen geverlichen Sperr- oder Brechzeugen; Art. 59: geverlich wunden; Art. 83: also damit sie durch unwissenheyt nit verkürzt oder geverdt werden; — Art. 100: von unnützen geverlichen Fragen so vor Gericht geschehen; Art. 114: „nach geverlicheyt, größ und Gewalt der Sachen"; Art. 127: geverliche auffruren — wider die Obrigkeyt; — Art. 140: on ferlichkeyt oder verletzung seines leibs; Art. 167: großen geverlichen Schaden; Art. 174: mit geverlichen zeugen auffsperret. — An vielen anderen Stellen der Carolina hat geverlich nur die Bedeutung von absichtlich; ungeverlicher Weise heißt oft so viel wie zufällig (von ungefähr). — Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich nun, daß die Carolina sehr wohl die Bedeutung von periculosus für geverlich kennt, und daß daher in sprachlicher Hinsicht durchaus kein Grund gegen die Annahme: geverlicher Diebstahl heiße im Art. 159. so viel, wie furtum periculosum, ein Diebstahl, woraus Gefahr erwächst — streitet. Wir werden daher aus dem Gegenstande selbst, aus dem ganzen Zu-

sammenhange und Geiste des Art. 159. nachweisen müssen, daß geverlich hier wirklich in der Bedeutung von periculosus gebraucht ist, oder daß wenigstens dieser Sinn der wahrscheinlichere, im Wesen der damit bezeichneten Diebstähle begründete ist, um die Behauptung der Gegner: geverlich bezeichne hier nur die boshafte Gesinnung der Diebe, zu entkräften.

Untersuchen wir die Momente, welche den Verfasser der Carolina bei der Eintheilung der Diebstähle geleitet haben, so finden wir deren zwei, die aber beide aus der That selbst, nicht aber aus der Gesinnung des Diebes hergenommen sind. Die Diebstähle sind nämlich eingetheilt: 1) nach dem Object der Entwendung, und hier ist es wieder entweder die Größe des Werths oder die Eigenschaft und Beschaffenheit der entwendeten Sache — (Diebstahl an Feldfrüchten, geweihten Dingen); und 2) nach der Art und Weise, wie sie begangen werden, und hiefür ist wieder entschuldigend die Oeffentlichkeit der Begehung, die Art und Weise des Eindringens zum Orte des Diebstahls und die Wiederholung des Verbrechens. Daß aber wirklich das Verbrechen selbst, in seinem Verhältniß zum Staate sowohl, wie zur Person des Verbrechers, den Eintheilungs- und Auszeichnungsgrund abgegeben, beweisen die in den betreffenden Artikeln gebrauchten Ausdrücke; so heißt es im Art. 150: „ist eyn offner Diebstall, und beschwerdt jn die gemelt auffrur und Berüchtigung der That also" — ferner im Art. 159: „so ist der Diebstall darzu, als obsteht, gebrochen oder gestiegen wirdt, eyn geflißner geverlicher Diebstall." Daraus nun, daß beide Male im Art. 159. der Diebstahl selbst als ein „geverlicher" bezeichnet, die Person des Thäters aber dabei nicht genannt ist, folgt, daß es das Verbrechen, dessen Verhältniß zum Staate ist, welches der Gesetzgeber als primäres Moment der Beurtheilung und resp. Bestrafung zum Grunde

gelegt wissen will, während die Person und Gesinnung des Thäters nur ein secundäres, besonders bei der Art der Strafe in Betracht kommendes Interesse in Anspruch nehmen soll. Es ist der durch Einsteigen oder Einbrechen bewirkte Diebstahl selbst, welcher ein „geverlicher" genannt wird, und zwar sowohl um das Wesen, die Natur dieses Verbrechens zu bezeichnen, als auch um diese Art des Diebstahls von den übrigen, bei denen jenes Moment der Gefahr nicht in gleichem Grade, nicht so offenkundig vorhanden, zu unterscheiden. Ist doch die boshafte hinterlistige Gesinnung, der Dolus des Diebes an sich, schon eine Voraussetzung dieses Verbrechens überhaupt, wozu da auf den Grad dieser Gesinnung, — wenn man sie überhaupt nach verschiedenen Graden berechnen kann — eine Eintheilung und Charakterisirung gründen? Paßt doch der Ausdruck geverlich in seiner subjectiven Bedeutung von boshaft, hinterlistig, absichtlich, auf jeden Diebstahl und am allermeisten auf den wiederholten und dritten, der gerade einen sehr hohen Grad von verbrecherischer Gesinnung des Diebes bekundet; aber für diesen hat der Gesetzgeber nicht den Ausdruck geverlich gebraucht, sondern, um den sittlichen Zustand eines Menschen, der zum dritten Male gestohlen, zu bezeichnen, nennt er jenen einen „mehr verleumbten Dieb" und achtet ihn einem „Vergewaltiger" gleich, d. h. einem Menschen, der sich durch widerrechtliche Handlungen, als der öffentlichen Sicherheit besonders gefährlich, bekundet hat. — Aus dem bisher Angeführten ergiebt sich der Schluß, daß das Wort geverlich im Art. 159. nicht im subjectiven, die Gesinnung des Diebes bezeichnenden Sinne, sondern vielmehr objectiv, wie in den vorhin angegebenen Stellen der Carolina, in der Bedeutung von Gefahr bringend, gefährlich, periculosus, gebraucht ist. Dies wird um so gewisser, wenn man erwägt, daß in allen den Verbindun-

gen, wo der Ausdruck geverlich im Sinn von hinterlistig, boshaft, absichtlich, gebraucht ist, stets von einem Handeln, welches den Charakter des Handelnden begreifen soll, die Rede ist. Vergleicht man die vielen Stellen der Carolina, wo der Ausdruck „geverlich" vorkommt, so wird man finden, daß es entweder adverbialisch mit „Weise" verbunden steht, dann drückt es gewöhnlich nur den Gegensatz von zufällig, unabsichtlich aus, wiewohl auch bisweilen z. B. im Art. 150. der Ausdruck „geverlicher weiß" schon die objective, jetzt gewöhnliche Bedeutung hat, — oder geverlich ist unmittelbar mit einem, ein Thun, Vorhaben, Vornehmen, bezeichnenden Verbum verbunden, dann drückt es den bösen Willen, den Dolus des Handelnden aus, gemäß der ursprünglichen sprachlichen Bedeutung von geverlich, — oder endlich es ist mit Substantiven verbunden und bezeichnet dann die Eigenschaft derselben und deren Verhältniß zu andern Gegenständen oder Handlungen oder Personen, dann steht es also in der jetzt gewöhnlichen objectiven, die Folgen der hierdurch charakterisirten Handlung angebenden Bedeutung. So heißt auch im Art. 159. der Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen, oder mit Waffen, ein geverlicher, in sofern und weil daraus eine große Gefahr für Eigenthum und Leben der Staatsbürger erwächst.

Da der Diebstahl eine That, etwas Geschehenes ist, aber kein Thun und Handeln, das Wort geverlich aber nur in Verbindung mit diesem, die Gesinnung, den Dolus des Handelnden bezeichnet, in Verbindung mit Sachen oder Handlungen aber deren Verhältniß zu einem Object angiebt — so ist es unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „gefährlicher Diebstahl" den Charakter dieser Verbrechen und ihre Beziehung zu dem allgemeinen Wohl hat bezeichnen wollen. Das Verhältniß die-

ses Verbrechens zu der Person und der Gesinnung des Diebes drückt der Gesetzgeber durch das Wort „geflißner Diebstahl" aus, womit er sagt, daß ein durch Einsteigen oder Einbrechen verübter Diebstahl einen besonders bösen beharrlichen und festen Willen des Thäters an den Tag lege; dagegen charakterisirt er durch die Hinzufügung des Ausdrucks „geverlich" die That, das Verbrechen selbst in Beziehung auf die dadurch Bedrohten, auf das allgemeine Staatsleben überhaupt. Daher können wir mit gutem Grunde, den Worten der Carolina getreu, die im Art. 159. behandelten Diebstähle unter dem gemeinsamen, sie von andern Arten des Diebstahls unterscheidenden Namen: gefährliche Diebstähle, zusammenfassen und hierauf — wie ich im Laufe der Abhandlung thun werde — die weitere Beurtheilung und Charakterisirung der einzelnen Arten des gefährlichen Diebstahls gründen. — Will man nun den gefährlichen Diebstahl selbst wieder eintheilen, so möchte die Art der Verübung und das Object der Gefahr für die einzelnen Species den zweckmäßigsten Eintheilungsgrund darbieten. Demnach unterscheide ich: den mit äußerer Anstrengung von Seiten des Diebes, mit Ueberwindung localer und materieller Schwierigkeiten verübten Diebstahl, wohin der Diebstahl mit Einbruch oder Einsteigen gehört, dessen ratio und charakteristisches Merkmal die dem Eigenthum, der häuslichen Sicherheit, daraus erwachsende Gefahr ist — und stelle diesem als zweite Unterart des gefährlichen Diebstahls den mit Waffen ausgeführten entgegen, zu dem ein mit äußeren Schwierigkeiten verbundenes Eindringen an den Ort des Diebstahls nicht erforderlich. Das wesentliche Merkmal dieser Art des gefährlichen Diebstahls ist: die Gefahr der Verletzung und Tödtung, welche aus der Bewaffnung eines in verbrecherischer Absicht eingedrungenen Menschen den Bewohnern des Gebäudes und allen an

den Ort des Delicts kommenden Personen erwächst. Wenn aber der bewaffnete Dieb sein Eindringen in den Ort des Diebstahls durch Ueberwindung äußerer, aus der Beschaffenheit und Natur der Gebäude ihm entgegenstehender Schwierigkeiten bewirkt, also entweder einsteigt oder einbricht; so wird es um so weniger zweifelhaft seyn, daß der Angeklagte eines gefährlichen Diebstahls schuldig, als dann die verschiedenen Erfordernisse dieses Diebstahls allzusammen vorhanden sind. Beim bewaffneten Diebstahl kommt es aber nicht auf die Art, wie der Dieb an den Ort des Diebstahls gelangt ist, an, da die Bewaffnung hier allein hinreichend ist, um die Gefahr der Verletzung zu begründen und die Bedingungen der gesetzmäßigen Strafe für den gefährlichen Diebstahl zu erfüllen. Dagegen ist es beim Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen, wo allein und hauptsächlich unser Eigenthum bedroht ist, gerade die Art des Eindringens, welche den Diebstahl zum gefährlichen macht, und zwar nicht allein, weil durch ein solches Eindringen in das Heiligthum des Hauses die Sicherheit, welche in der bürgerlichen Gesellschaft dem Eigenthum gewährt werden soll, aufs äußerste verletzt und bedroht wird, sondern auch, weil der Dieb durch diese Art der Verübung des Diebstahls beweist, daß ihn äußere Schwierigkeiten von der Ausführung seines verbrecherischen Vorsatzes nicht abzuhalten vermögen, er sich also dadurch als einen der bürgerlichen Gesellschaft höchst gefährlichen Menschen beweist. Wenn ich nun den im Art. 159. behandelten gefährlichen Diebstahl von einem zweifachen Gesichtspunkte, nämlich dem der Gefahr für das Eigenthum und der Gefahr für Leben und Gesundheit der Menschen selbst, behandeln zu müssen glaube und diese Auffassung des Gesetzes der ganzen Abhandlung zum Grunde lege; so wird es nöthig seyn, meine Ansicht aus den Worten des Gesetzes selbst zu begründen. — Ohne

Mühe werden im Art. 159. drei Arten des gefährlichen Diebstahls unterschieden; denn die Worte „so ein Dieb in Jemandts Behausung oder Behaltung bricht oder steigt oder mit Waffen — zum Stehlen eingeht" — sind allzu klar und deutlich, um einen Zweifel oder eine Mißdeutung zuzulassen. Diese drei verschiedenen Begehungsweisen des gefährlichen Diebstahls faßt nun der Gesetzgeber unter zwei Gesichtspunkten zusammen, indem er sagt: „so ist doch der Diebstahl darzu gebrochen oder gestiegen wird, ein geflißner gefährlicher Diebstahl", und weiter: „so ist in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen." Hieraus ergiebt sich nun:

1. daß der Diebstahl durch Einsteigen und der durch Einbrechen ein gemeinsames charakteristisches Merkmal haben, daß sie nach den Worten des Textes: „geflißne gefährliche Diebstähle" sind — und
2. daß die ratio der Diebstähle durch Einsteigen und Einbrechen eine andere ist, als die des Diebstahls „so mit Waffen geschicht"; denn von diesem sagt der Gesetzgeber, daß daraus eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen, oder, mit andern Worten, eine Gefahr für Leben der Menschen selbst damit verbunden sey. —

Gerade die Trennung dieses Satzes: so ist in dem Diebstahl u. s. w., von dem vorhergehenden, und die nähere Bestimmung: so mit Waffen geschicht, beweist, daß der Gesetzgeber die Besorgniß der Vergewaltigung und Verletzung nur für diesen Diebstahl allein als charakteristisch und als Grund der größern Strafwürdigkeit anerkennt, was um so eher anzunehmen, als die Furcht der Verletzung bei einem mit Waffen versehenen Diebe gewiß sehr nahe liegt und in der Natur der Sache begründet ist. Wenn nun der Diebstahl, „so mit Waffen geschicht", durch die Gefahr „der Vergewaltigung und Verletzung" des-

jenigen „der ihm Widerstand thun wollt" genau bestimmt und charakterisirt ist, so fragt sich dagegen, worin das Wesen, die größere Strafwürdigkeit des „geflißnen gefährlichen Diebstahls" besteht, und dies ist der Punkt, um den sich der lange und noch nicht ausgefochtene Streit der Criminalisten dreht. Der Gesetzgeber sagt nämlich nur: der Diebstahl, der durch Einsteigen oder Einbrechen verübt wird, ist ein „geflißner gefährlicher Diebstahl", aber er giebt uns nicht an, weßhalb er diese Bezeichnung gewählt und was er eigentlich darunter verstanden wissen will. Hier ist daher das Feld, worauf sich die Kämpfenden bewegen, dies der Mantel, unter den jeder Ausleger der Carolina seine Vermuthungen und Erklärungen mit der Hoffnung, das Wahre und Richtige zu finden, bringen kann.

Betrachten wir zuerst die Natur und den Charakter der Diebstähle, die mit Einbrechen oder Einsteigen begangen werden, so leuchtet ein, daß sie nicht allein eine außerordentliche Verwegenheit und Verderbtheit der Thäter bekunden, sondern auch der Sicherheit, welche die verschlossenen Räume der Gebäude uns und unserm Hab und Gut gewähren sollen, die äußerste Gefahr drohen. Denn nicht genug, daß unsere werthvollsten Gegenstände, die wir in verschlossenen Zimmern aufzubewahren pflegen, vor Dieben, welche im Schutz der Nacht Mauern und Thüren erbrechen und die höheren Stockwerke auf oft unbegreifliche Weise erklimmen, nicht sicher sind; so werden auch unsere Schutzwehren selbst, die wir gegen solche Angriffe errichtet haben, von jenen Dieben zerstört oder beschädigt und uns dadurch ein doppelter Schaden zugefügt. Daher kann der Gesetzgeber mit Recht sagen: „so ist doch der Diebstahl darzu gebrochen oder gestiegen wird, ein gefährlicher Diebstahl." Allein jene Diebstähle setzen auch einen vorher gefaßten und wohlberechneten Plan von Seiten derer, die sie unternehmen, voraus; sie beweisen ferner, daß diese Diebe bei Erwägung der Schwierigkeiten, die

mit der Ausführung ihrer Pläne verbunden und der Gefahr, der sie sich selbst durch ein so unbequemes Eindringen in das Innere der Gebäude, woraus der Rückweg ihnen so leicht versperrt werden kann, aussetzen, dennoch den ungewissen Gewinn höher geachtet haben, als jene Schwierigkeit und ihre persönliche Gefahr, — und aus diesem Grunde nennt der Gesetzgeber den Dieb, welcher bricht oder steigt, einen geflißnen, d. h. einen, der möglichen Folgen und Gefahren seiner That wohlbewußten, mit Berechnung von Gefahr und Gewinn sündigenden Dieb. Daß aber eben diese Geflissenheit ein Grund mehr ist, weßhalb er auch ein gefährlicher Dieb genannt zu werden verdient, ist leicht einzusehen. — Es fragt sich nun noch, wem jene Gefahr, deren Urheber der geflißne gefährliche Dieb ist, vorzüglich gilt? offenbar dem Eigenthum, den Sachen, dem Vermögen der Bürger; denn gegen dieses allein sind die Pläne des Diebes gerichtet, dieses will er in seinen Besitz bringen, und da ihm der Zugang dazu versperrt ist, bricht er die Thüren auf, oder macht Oeffnungen in dünne Wände, oder klimmt an den Gebäuden hinauf, um durch die weniger fest verwahrten Fenster an den gewünschten Ort zu gelangen. Alle seine Erfindungsgabe beschränkt sich gewöhnlich nur auf die Mittel und Wege, wie er am leichtesten die räumlichen Hindernisse überwinden und sich den Rückweg im Fall der Entdeckung sichern kann — er kämpft nur gegen die Schutz- und Verwahrungsmittel unserer Güter, — Thüren, Mauern und Schlösser sind seine Feinde, und diese zu bewältigen hat er entweder schon vorher Maßregeln getroffen, durch Einschleichen in die Gebäude und Besichtigung der Localität, oder bringt sich Werkzeuge mit und arbeitet im Schutz der Nacht ungestört an der Ausführung seines Planes. Diese Diebe sind daher die gefährlichsten Feinde unseres Eigenthums, sie bauen auf ihre Gewandt-

heit und Verwegenheit und auf unsern Glauben an Sicherheit im Schutze unserer Gebäude. Wohl fürchten sie auch die Menschen, allein waffenlos wie sie sind, werden sie jedem Kampfe mit ihnen durch die äußersten Vorsichtsmaßregeln, durch Sicherung der Flucht, auszuweichen suchen, während der bewaffnete Dieb leicht in Versuchung kommen wird, sich seiner Wehr zum eigenen Schutz zu bedienen, daher bei diesem die Furcht der Vergewaltigung und Verletzung wohl begründet. Wer aber aus den Erfahrungen der praktischen Criminalrechtspflege weiß, mit welch bewundernswürdiger Vorsicht und Geschicklichkeit die Diebe beim Einbruch oder Einsteigen zu Werke gehen, wie sie jedes Geräusch, den Laut ihrer Schritte zu dämpfen oder zu ersticken wissen, der wird mir beistimmen, daß von diesen Dieben wohl unserem Hab und Gut die größte Gefahr droht, aber eine Vergewaltigung und Verletzung nicht zu besorgen ist. — Rechnen wir dazu, daß der Gesetzgeber in einem besondern Satze von dem Diebstahl „so mit Waffen geschieht" spricht und diesem allein die Gefahr einer Vergewaltigung und Verletzung, nämlich „Jemandts der ihm Widerstand thun wollt", zuschreibt, hier also von der Gefahr für Personen spricht; so wird es wohl bis zur Evidenz klar seyn, daß er mit dem geflißnen gefährlichen Diebstahl durch Steigen oder Brechen die häufigste und natürlichste, nämlich die Gefahr für Sachen, für das Eigenthum, hat bezeichnen wollen. — Wenn man aber einwendet, daß es doch undenkbar sey, daß der Gesetzgeber für Verbrecher, welche unser Leben bedrohen, dieselbe Strafe bestimmt haben sollte, welche er für solche, die nur unserm Eigenthum gefährlich sind, ausgesprochen hat, — so würde dieser Einwurf sehr richtig seyn, wenn nämlich unsere Carolina in unseren Tagen verfaßt wäre. Allein in jener Zeit, wo man den Diebstahl über 5 Gulden mit dem Tode bestrafte, wo man aus den ältesten *Ueberlieferungen* noch wußte, daß der Diebstahl — für den

Germanen das schimpflichste und am meisten verabscheute Verbrechen — stets mit einem schimpflichen Tode geahndet wurde [7]); wo man ferner strenge Gesetze zur Sicherung des Eigenthums für unbedingt nothwendig erkannte; wo man endlich den Menschen selbst nicht viel höher anschlug, als eine werthvolle Sache: — in jener Zeit durfte ein Gesetzgeber wohl den gefährlichen Diebstahl auf gleiche Weise bestrafen, mochte dadurch eine gewisse dringende Gefahr für das Eigenthum oder zugleich auch eine ungewisse (Verletzung zu besorgen), für Leben und Gesundheit der Menschen, begründet werden.

Die Anfangsworte des Art. 159: „Item so aber ein Dieb", veranlassen uns zu der Behauptung, daß ein gefährlicher Diebstahl auch von einem Einzigen begangen werden kann, was von mehreren Juristen geläugnet worden ist, welche meinten, daß zur Ausführung eines solchen Diebstahls stets mehrere Personen erforderlich seyen. Allein ihre Ansicht gründet sich auf den Glauben, daß die Gefahr für Menschen wesentliches Erforderniß und Bedingung des gefährlichen Diebstahls sey, und diese Gefahr bei der Begehung eines solchen Diebstahls, wie der Artikel beschreibt, durch einen Einzigen nicht begründet sey; aber wie wir eben gezeigt haben, ist die Gefahr für Menschen beim Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen durchaus nichts Wesentliches und Charakteristisches, und beim Diebstahl mit Waffen ist die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung gewiß auch dann vorhanden, wenn nur Einer in verbrecherischer Absicht in unser Haus eindringt. Es leidet daher keinen Zweifel, daß auch der einzelne Dieb, der des Einsteigens, Einbrechens oder Stehlens mit Waffen überführt ist, der gesetzlichen Strafe für den gefährlichen Dieb-

---

7) Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 261. Wilda Strafrecht der Germanen S. 502 u. S. 860. L. Ripuar. 79. Bajuvar. VIII. a. 8. c. 1. Burgund. IV. §. 1. 2. Saxon. II. §. 8. Spec. Saxon. II. art. 3. §. 1.

stahl verfällt. — Die Worte ferner: „imm vorgemeltem stelen", scheinen hier keine besondere Bedeutung zu haben und mehr pleonastisch zu stehen, denn wollten wir sie streng interpretiren, so würden wir zu der Ansicht gelangen, daß die im Artikel behandelten Arten der Ausführung des Diebstahls sich nur auf den „allerschlechtesten heymlichen Diebstahl" und den „ersten öffentlichen Diebstahl" als diejenigen Arten des Diebstahls, welche der Gesetzgeber in den vorhergehenden Artikeln behandelt hat — beziehen; allein diesem widersprechen die folgenden Worte unseres Artikels: „solches sey der erst oder mer Diebstall, auch der Diebstall groß oder kleyn, darob oder darnach berüchtigt oder betreten." Es bleibt daher nur übrig, daß wir die Worte „inn vorgemeltem stelen" als zur Deutlichkeit und Hinweisung darauf, daß jenes Einsteigen, Einbrechen und Eingehen mit Waffen zum Zweck des Stehlens geschehen müsse, hinzugefügt ansehen. — Weniger überflüssig zum Verständniß des Artikels sind die Worte: „bei tag oder bei nacht"; denn da schon nach Römischem Recht, ebenso wie nach den Deutschen Rechtsquellen und nach dem Gerichtsgebrauch, der Diebstahl bei Nacht härter bestraft zu werden pflegte, als der bei Tage, (vergl. Cicero pro Milone cap. 3. L. 1. Dig. 47. 14. Sachsenspiegel II. Art. 28. §. 3. A. 29. §. 1. A. 13. §. 1.) [8]), so würde der nächtliche Einbruch z. B. härter bestraft worden seyn, als der bei Tage verübte, wenn nicht der Gesetzgeber hier ausdrücklich verordnet hätte, daß es bei diesen durch die Art der Verübung ausgezeichneten Diebstählen auf die Zeit nicht ankommen, die Nachtzeit also kein erschwerender Umstand seyn solle. Diese Bestimmung des Gesetzes läßt sich wohl dadurch rechtfertigen, daß der Grad der Gefahr für das Eigenthum, so wie die Verschuldung des Diebes ziemlich dieselbe ist, mag dieser Diebstahl bei

---

8) Grimm Rechtsalterthümer II. S. 634.

Tag oder Nacht verübt werden; denn wenn auch der Einbruch bei Tag, der übrigens in bewohnten Gebäuden selten vorkommen wird, eine größere Verwegenheit erfordert, so ist doch der Einbruch in der Nacht für den Dieb selbst mit größerer persönlicher Gefahr verbunden, indem sein Vorhaben leicht durch Hindernisse vereitelt werden kann, die er im Dunkel der Nacht nicht zu übersehen und zu berechnen vermochte. Da übrigens der Akt des Einsteigens und Einbrechens oder Stehlens mit Waffen hauptsächlich diese Diebstähle qualificirt, so ist es leicht erklärlich, daß der Gesetzgeber auf andere, den einfachen Diebstahl sonst beschwerende Umstände hierbei kein Gewicht gelegt wissen will. — Zu diesen Umständen, die den einfachen Diebstahl sonst beschweren, hier aber nicht in Betracht kommen sollen, gehört ferner, daß der Diebstahl ein großer, d. h. der Werth der gestohlenen Sache über 5 Gulden betrage, daß ferner der Dieb „darob oder darnach berüchtigt oder betreten", der Diebstahl also ein furtum manifestum sey, daß endlich ein furtum reiteratum vorliege. Daß alle diese Umstände kein höheres Strafmaß begründen, erhellt aus den Worten: „solches sei der erst oder mer Diebstall, auch der Diebstall groß oder kleyn, darob oder darnach berüchtigt oder betreten." — Was die Größe des Diebstahls in Beziehung auf den Werth der entwendeten Sache betrifft, so hat man hin und wieder behauptet, daß der Diebstahl mit Einbrechen oder Einsteigen nur dann der gesetzlichen Todesstrafe unterliege, wenn die entwendeten Sachen den Werth von 5 solidi oder Gulden übersteigen. Als Stütze für diese Behauptung führt man die Endworte des 160. Art., der vom großen Diebstahl handelt, an; hier heißt es nämlich: „wo aber der Dieb zu solchem Diebstall gestiegen oder gebrochen, oder mit Waffen, als vorsteht, gestohlen hett, so hat er damit, wie obgemelt, das Leben verwirkt." Die Worte nun: „zu solchem Diebstall", sollen nach der Behauptung

einiger Juristen darauf hinweisen, daß der Diebstahl mit Einbrechen oder Einsteigen zugleich ein großer seyn müsse, damit der Dieb „das Leben verwirkt habe." Jenes „solchem Diebstall" bezieht sich nämlich offenbar auf den eben behandelten großen Diebstahl, und da nun nach den folgenden Worten der Dieb, der „zu solchem Diebstall gestiegen oder gebrochen oder mit Waffen gestohlen hett" das Leben verwirkt haben soll, so wollen jene Juristen nur einen solchen Dieb, der in Beziehung auf die Art der Verübung einen gefährlichen, in Hinsicht der Quantität „einen solchen" d. h. einen großen Diebstahl begangen, mit dem Tode, jeden andern gefährlichen Dieb aber mit einer arbiträren Strafe belegt wissen. Allein die Worte „wie obgemelt" führen uns auf den richtigen Standpunkt, denn sie weisen uns auf den vorhergehenden Artikel, wo ex professo vom Steigen, Brechen und Stehlen mit Waffen gehandelt wird, hin, und veranlassen den Richter, diese Diebstähle so zu bestrafen und zu behandeln, wie im Art. 159, dem Sitz dieser Lehre, vorgeschrieben ist. Da nun aber hier mit klaren Worten bestimmt ist: „der Diebstall sey groß oder kleyn, so ist er doch" — da ferner die Gesetzesstelle, wo eine Lehre im ganzen Zusammenhange und vollständig behandelt wird, bei etwanigen Widersprüchen den Ausschlag giebt; so leidet es keinen Zweifel, daß jene Worte „zu solchem Diebstall" für die Strafbestimmungen des gefährlichen Diebstahls gar nicht maßgebend und von Einfluß sind. Uebrigens sind diese Worte: „zu solchem Diebstall", ganz richtig und einfach so zu verstehen, daß der große Diebstahl mit dem Tode bestraft werden soll, sobald der Dieb dazu gestiegen oder gebrochen oder mit Waffen gestohlen hett, „wie obgemelt", und diese Bestimmung liegt ja auch im Art. 159, denn auch hier wird einem solchen Diebstahl der Tod gedroht, freilich daß es nur unwesentlich ist, ob der Diebstahl ein großer oder ein kleiner sey.

Die folgenden Worte des Artikels: „in sein Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, damit er jemandt der jm Widerstand thun wolt, verletzen möcht, zum stehlen eingeht", enthalten nun die Beschreibung und Classificirung des gefährlichen Diebstahls selbst; wir werden uns daher mit ihnen länger als mit den vorhergehenden beschäftigen müssen, und zwar wollen wir diese drei Begehungsweisen des gefährlichen Diebstahls nach der Ordnung, wie sie das Gesetz anführt, im Folgenden ausführlicher behandeln.

§. 3.

Arten des gefährlichen Diebstahls.

I. Diebstahl vermittelst Einbrechens (furtum violentum).

Was nun erstlich die Bedeutung des Wortes „bricht" oder „brechen" betrifft, so leidet es keinen Zweifel, daß hierunter der Akt des Einbrechens verstanden werden muß; denn die Verbindung der Worte „einsteigen" und „brechen", ferner das ihnen gemeinsame Object „in jemandts Behausung oder Behaltung" beweisen hinreichend, daß hier von einem Brechen zum Zweck des Eingehens, also von Einbrechen die Rede ist. Zu dem Begriff des Einbrechens gehört aber, nach dem gemeinen Sprachgebrauch, jedes Eindringen in einen Ort vermittelst einer an den das Eingehen hindernden Gegenständen verübten Gewaltthätigkeit, wodurch die Substanz oder doch die Form der im Wege stehenden Materie vernichtet oder zerstört wird. Daher ist ein Einbrechen ohne Verletzung jenes materiellen Hindernisses nicht denkbar; aus diesem Grunde geht dem Einbrechen auch stets ein Brechen oder Aufbrechen voraus. Wenn nun das Wesen des Einbrechens in der gewaltsamen Hinwegräumung eines, das Eingehen oder Hineingelangen in einen Ort hindernden, Gegen-

einiger Juristen darauf hinweisen, daß der Diebstahl mit Einbrechen oder Einsteigen zugleich ein großer seyn müsse, damit der Dieb „das Leben verwirkt habe." Jenes „solchem Diebstall" bezieht sich nämlich offenbar auf den eben behandelten großen Diebstahl, und da nun nach den folgenden Worten der Dieb, der „zu solchem Diebstall gestiegen oder gebrochen oder mit Waffen gestohlen hett" das Leben verwirkt haben soll, so wollen jene Juristen nur einen solchen Dieb, der in Beziehung auf die Art der Verübung einen gefährlichen, in Hinsicht der Quantität „einen solchen" d. h. einen großen Diebstahl begangen, mit dem Tode, jeden andern gefährlichen Dieb aber mit einer arbiträren Strafe belegt wissen. Allein die Worte „wie obgemelt" führen uns auf den richtigen Standpunkt, denn sie weisen uns auf den vorhergehenden Artikel, wo ex professo vom Steigen, Brechen und Stehlen mit Waffen gehandelt wird, hin, und veranlassen den Richter, diese Diebstähle so zu bestrafen und zu behandeln, wie im Art. 159, dem Sitz dieser Lehre, vorgeschrieben ist. Da nun aber hier mit klaren Worten bestimmt ist: „der Diebstall sey groß oder kleyn, so ist er doch" — da ferner die Gesetzesstelle, wo eine Lehre im ganzen Zusammenhange und vollständig behandelt wird, bei etwanigen Widersprüchen den Ausschlag giebt; so leidet es keinen Zweifel, daß jene Worte „zu solchem Diebstall" für die Strafbestimmungen des gefährlichen Diebstahls gar nicht maßgebend und von Einfluß sind. Uebrigens sind diese Worte: „zu solchem Diebstall", ganz richtig und einfach so zu verstehen, daß der große Diebstahl mit dem Tode bestraft werden soll, sobald der Dieb dazu gestiegen oder gebrochen oder mit Waffen gestohlen hett, „wie obgemelt", und diese Bestimmung liegt ja auch im Art. 159, denn auch hier wird einem solchen Diebstahl der Tod gedroht, freilich daß es nur unwesentlich ist, ob der Diebstahl ein großer oder ein kleiner sey.

Die folgenden Worte des Artikels: „in sein Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, damit er jemandt der jm Widerstand thun wolt, verletzen möcht, zum stehlen eingeht", enthalten nun die Beschreibung und Classificirung des gefährlichen Diebstahls selbst; wir werden uns daher mit ihnen länger als mit den vorhergehenden beschäftigen müssen, und zwar wollen wir diese drei Begehungsweisen des gefährlichen Diebstahls nach der Ordnung, wie sie das Gesetz anführt, im Folgenden ausführlicher behandeln.

§. 3.

Arten des gefährlichen Diebstahls.

I. Diebstahl vermittelst Einbrechens (furtum violentum).

Was nun erstlich die Bedeutung des Wortes „bricht" oder „brechen" betrifft, so leidet es keinen Zweifel, daß hierunter der Akt des Einbrechens verstanden werden muß; denn die Verbindung der Worte „einsteigen" und „brechen", ferner das ihnen gemeinsame Object „in jemandts Behausung oder Behaltung" beweisen hinreichend, daß hier von einem Brechen zum Zweck des Eingehens, also von Einbrechen die Rede ist. Zu dem Begriff des Einbrechens gehört aber, nach dem gemeinen Sprachgebrauch, jedes Eindringen in einen Ort vermittelst einer an den das Eingehen hindernden Gegenständen verübten Gewaltthätigkeit, wodurch die Substanz oder doch die Form der im Wege stehenden Materie vernichtet oder zerstört wird. Daher ist ein Einbrechen ohne Verletzung jenes materiellen Hindernisses nicht denkbar; aus diesem Grunde geht dem Einbrechen auch stets ein Brechen oder Aufbrechen voraus. Wenn nun das Wesen des Einbrechens in der gewaltsamen Hinwegräumung eines, das Eingehen oder Hineingelangen in einen Ort hindernden, Gegen-

standes durch Verletzung und Zerstörung desselben besteht, so ist der Zweck des Einbrechens stets: einen Weg in das Innere eines Ortes zu eröffnen. Allein die Verletzung der Substanz jenes Hindernisses, um dadurch eine Oeffnung hervorzubringen und das Eingehen möglich zu machen, ist hier etwas Wesentliches, weßhalb auch Der keinen Einbruch begeht, welcher Thüren oder Läden aushebt und durch die somit bewirkte Oeffnung in das Innere eines Gebäudes dringt. Dagegen liegt dann wohl ein Einbruch vor, wenn der Dieb gewaltsam eine Oeffnung in der Thür anbringt und durch diese mit der Hand die Thür von Innen öffnet; denn dann ist die gewaltsame Eröffnung eines Eingangs mit Verletzung der Substanz des hindernden Gegenstandes wohl vorhanden. Wenn daher der Gesetzgeber ganz allgemein das Einbrechen als den Diebstahl qualificirend angiebt, so müssen wir auch jedes Eindringen in Gebäude, welches unter den wesentlichen Voraussetzungen des Einbrechens bewirkt wird, als für hieher gehörend und einen gefährlichen Diebstahl begründend ansehen. Deßhalb ist es auch ein Akt der Willkür des Interpreten, wenn er zwischen den verschiedenen Arten des Einbrechens selbst wieder unterscheidet und nur die eine oder die andere Art, vielleicht nur die, wo große Gewalt und gefährliche Werkzeuge dazu nöthig sind, als den Bedingungen des Gesetzes entsprechend, hieher rechnen will. Gewöhnlich pflegen die Ausleger unseres Artikels die Fälle des Einbrechens auf diejenigen zu beschränken, welche gerade der Ansicht, die sie über die ratio, das Wesen, des gefährlichen Diebstahls sich gebildet haben, entsprechen; so will Böhmer [1]), weil er Gefahr für Menschenleben als Erforderniß und Merkmal des gefährlichen Diebstahls in genere aufstellt, nur den mit großer Gewalt und Anwendung von Brechwerkzeugen, die zugleich zum Tödten oder Verwun-

---

1) Meditat. ad C. C. C. ad art. 159. §. 2 sq.

den geeignet sind, verübten Einbruch, als den Diebstahl beschwerend und zum gefährlichen machend, gelten lassen. Allein da das Gesetz ganz allgemein von Einbrechen spricht, so wird auch jedes der Natur des Einbrechens entsprechende Eindringen in Gebäude den Diebstahl so beschweren, daß die Strafe des gefährlichen Diebstahls Anwendung finden muß. Es ist daher auch gar nicht wesentlich für das Einbrechen, daß Brechwerkzeuge oder überhaupt Instrumente dazu angewandt werden; denn wer durch Andringen mit dem Körper eine Thür aufsprengt, oder mit der Hand das leicht gefügte Strohdach aufreißt und sich dadurch einen Weg in das Innere eines Gebäudes eröffnet, ist gewiß eines Einbruchs schuldig. — Sicher kann auch der Diebstahl mit Einbruch die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung begründen, wenn nämlich der Dieb Brechwerkzeuge angewendet hat und sich dieser gegen die zum Ort des Delicts Kommenden bedient; allein Böhmer und alle, die seine Ansicht theilen, verwechseln hier das Können und Müssen, sie machen die mögliche Folge zur wesentlichen Bedingung; denn was eine Folge des Einbruchs seyn kann, ist nach ihnen nothwendiges Erforderniß zum Daseyn des gefährlichen Diebstahls, nämlich die Gefahr für Menschenleben, und weil sie diese nun einmal für das charakteristische Merkmal des gefährlichen Diebstahls halten, so rechnen sie auch einen solchen Einbruch hieher, der wegen Anwendung von Brechwerkzeugen jene Gefahr möglich macht. Daß eine solche Auffassung unseres Gesetzes aber weder den Worten desselben (so ist der Diebstahl darzu gebrochen — wird ein geflißner gefährlicher Diebstahl — darum der Mann mit dem Strang —), noch dem Geist und Sinn des Art. 159. und speciell dem Begriff des Einbrechens entspricht, ist leicht einzusehen. Da nun nach den klaren Worten des Gesetzes jedes Einbrechen überhaupt den Diebstahl qualificiren soll, weil einerseits der Dieb durch diesen Akt der Gewaltthätigkeit seinen

standes durch Verletzung und Zerstörung desselben besteht, so ist der Zweck des Einbrechens stets: einen Weg in das Innere eines Ortes zu eröffnen. Allein die Verletzung der Substanz jenes Hindernisses, um dadurch eine Oeffnung hervorzubringen und das Eingehen möglich zu machen, ist hier etwas Wesentliches, weßhalb auch Der keinen Einbruch begeht, welcher Thüren oder Läden aushebt und durch die somit bewirkte Oeffnung in das Innere eines Gebäudes dringt. Dagegen liegt dann wohl ein Einbruch vor, wenn der Dieb gewaltsam eine Oeffnung in der Thür anbringt und durch diese mit der Hand die Thür von Innen öffnet; denn dann ist die gewaltsame Eröffnung eines Eingangs mit Verletzung der Substanz des hindernden Gegenstandes wohl vorhanden. Wenn daher der Gesetzgeber ganz allgemein das Einbrechen als den Diebstahl qualificirend angiebt, so müssen wir auch jedes Eindringen in Gebäude, welches unter den wesentlichen Voraussetzungen des Einbrechens bewirkt wird, als für hieher gehörend und einen gefährlichen Diebstahl begründend ansehen. Deßhalb ist es auch ein Akt der Willkür des Interpreten, wenn er zwischen den verschiedenen Arten des Einbrechens selbst wieder unterscheidet und nur die eine oder die andere Art, vielleicht nur die, wo große Gewalt und gefährliche Werkzeuge dazu nöthig sind, als den Bedingungen des Gesetzes entsprechend, hieher rechnen will. Gewöhnlich pflegen die Ausleger unseres Artikels die Fälle des Einbrechens auf diejenigen zu beschränken, welche gerade der Ansicht, die sie über die ratio, das Wesen, des gefährlichen Diebstahls sich gebildet haben, entsprechen; so will **Böhmer**[1]), weil er Gefahr für Menschenleben als Erforderniß und Merkmal des gefährlichen Diebstahls in genere aufstellt, nur den mit großer Gewalt und Anwendung von Brechwerkzeugen, die zugleich zum Tödten oder Verwun-

---

1) Meditat. ad C. C. C. ad art. 159. §. 2 sq.

den geeignet sind, verübten Einbruch, als den Diebstahl beschwerend und zum gefährlichen machend, gelten lassen. Allein da das Gesetz ganz allgemein von Einbrechen spricht, so wird auch jedes der Natur des Einbrechens entsprechende Eindringen in Gebäude den Diebstahl so beschweren, daß die Strafe des gefährlichen Diebstahls Anwendung finden muß. Es ist daher auch gar nicht wesentlich für das Einbrechen, daß Brechwerkzeuge oder überhaupt Instrumente dazu angewandt werden; denn wer durch Andringen mit dem Körper eine Thür aufsprengt, oder mit der Hand das leicht gefügte Strohdach aufreißt und sich dadurch einen Weg in das Innere eines Gebäudes eröffnet, ist gewiß eines Einbruchs schuldig. — Sicher kann auch der Diebstahl mit Einbruch die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung begründen, wenn nämlich der Dieb Brechwerkzeuge angewendet hat und sich dieser gegen die zum Ort des Delicts Kommenden bedient; allein Böhmer und alle, die seine Ansicht theilen, verwechseln hier das Können und Müssen, sie machen die mögliche Folge zur wesentlichen Bedingung; denn was eine Folge des Einbruchs seyn kann, ist nach ihnen nothwendiges Erforderniß zum Daseyn des gefährlichen Diebstahls, nämlich die Gefahr für Menschenleben, und weil sie diese nun einmal für das charakteristische Merkmal des gefährlichen Diebstahls halten, so rechnen sie auch einen solchen Einbruch hieher, der wegen Anwendung von Brechwerkzeugen jene Gefahr möglich macht. Daß eine solche Auffassung unseres Gesetzes aber weder den Worten desselben (so ist der Diebstahl darzu gebrochen — wird ein geflißner gefährlicher Diebstahl — darum der Mann mit dem Strang —), noch dem Geist und Sinn des Art. 159. und speciell dem Begriff des Einbrechens entspricht, ist leicht einzusehen. Da nun nach den klaren Worten des Gesetzes jedes Einbrechen überhaupt den Diebstahl qualificiren soll, weil einerseits der Dieb durch diesen Akt der Gewaltthätigkeit seinen

besonders festen, vor den Anstrengungen, welche die Ausführung seines verbrecherischen Vorhabens erfordert, nicht zurückscheuenden Willen in der Anmaßung fremden Eigenthums an den Tag legt [2]), — anderseits aber auch die Sicherheit des Eigenthums durch Zerstörung der Schutzmittel, die wir für dasselbe errichten, und durch die Schwierigkeit, diese Gefahr abzuwehren — auf außerordentliche Weise bedroht wird; — da ferner jede Art des Einbrechens diese Eigenschaften und Folgen hat: — so muß auch jeder Diebstahl durch Einbrechen, auf welche Art dies auch geschehen mag, als zur Kategorie des gefährlichen, im Art. 159. behandelten, Diebstahls gehörend und der gesetzlichen Todesstrafe unterliegend, betrachtet werden. — Ob aber der Dieb die Schlösser mit Pulver aufsprengt, oder Thüren und Mauern mit Brechwerkzeugen öffnet, ist für den Begriff des Einbrechens ganz gleichgültig. —

Als Gegenstand jener gewaltsamen Verletzung, die im Begriff des Einbrechens enthalten, giebt das Gesetz „Jemandts Behausung oder Behaltung" an. Ueber die Bedeutung des Wortes „Behausung" konnte nicht leicht ein Streit unter den Auslegern der Carolina entstehen; denn es ist hinreichend klar, daß unter Behausung jedes, zum Aufenthalt für Menschen bestimmte oder doch gewöhnlich dazu benutzte Gebäude zu verstehen sey. Desto größere Uneinigkeit herrschte aber unter den Criminalisten über den Sinn des Wortes „Behaltung", worunter Einige nur Gebäude zur Aufbewahrung von Thieren, Producten, Geräthschaften u. dgl., Andere dagegen auch jedes Behältniß, worin man Sachen niederlegen und verwahren kann, verstehen. Schon Gobler und Remus fassen die Bedeutung von „Behaltung" verschieden auf, **Gobler** übersetzt nämlich aedificium, im Gegensatz

---

2) **Heffter** Lehrbuch §. 502.

zu domus, für „Behaltung", Remus dagegen giebt die Worte des Textes „Behausung" lateinisch mit „fores arcamve" wieder. Matthäus Stephanus übersetzt im Commentar zur P. G. O. die Behaltung mit tabernae, Clasen dagegen faßt Behausung und Behaltung unter dem gemeinsamen Namen „aedes" zusammen. Eine merkwürdige Inconsequenz beweist aber Carpzow a. a. O., welcher ein Einbrechen in die schlecht verwahrten Hütten des Landmanns, in Scheunen, Ställe und ähnliche Gebäude, den Diebstahl nicht qualificiren läßt, während er den Dieb, welcher Kasten, Schränke und dergleichen Behältnisse, sogar wenn sie unter freiem Himmel stehen, erbricht, für des Todes schuldig erklärt. Dafür übrigens, daß unter dem im Art. 159. genannten „brechen" nur das Einbrechen zu verstehen sey, sprechen nicht nur die Worte des Artikels selbst, wie oben S. 464. bemerkt wurde, sondern auch die Artikel 172 und 174. der Carolina, wo es heißt: „auch so eyner umb stelens willen inn eyn geweihte Kirchen, Sakrament hauß oder sakristei bricht", und „doch so der Dieb inn die Kirchen oder sakristei nit bricht", woraus es klar ist, daß unter Brechen hier das Aufbrechen um hinein zu gelangen, also einbrechen in unserm gewöhnlichen Sinn zu verstehen. — Diejenigen Schriftsteller nun, welche jenes „Behaltung" nur auf Gebäude beziehen, stützen sich darauf, daß der Gesetzgeber sagt: „so ein Dieb in jemandts Behausung oder Behaltung bricht oder steigt oder mit Waffen eingeht", und behauptet, diese Verbindung von steigen, brechen und eingehen beweise, daß das Gesetz nur an Gebäude, als in die man einsteigen und hineingehen könne, gedacht habe. Jenes „Behausung" sey nur auf solche Gebäude zu beziehen, welche zum Bewohnen, zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, während der Ausdruck „Behaltung" für solche Gebäude gebraucht sey, die zu andern Zwecken als zum Bewohnen errichtet und benutzt werden. —

Diese Ansicht entspricht sowohl den Worten wie dem Geist des Gesetzes bei weitem mehr, als die bald zu erwähnende der Gegner; denn die ganze Anlage des Artikels, die genaue Verbindung der die Handlung des Eindringens bezeichnenden Verba: einsteigen, brechen und eingehen in Jemands Behausung oder Behaltung, weisen darauf hin, daß der Gesetzgeber nur Gebäude als die einzig möglichen Objecte jener verschiedenen Weisen des Eindringens mit den Worten Behausung oder Behaltung bezeichnen wollte, wobei er ganz richtig die Gebäude in solche, die zum Bewohnen und solche, die zum Aufbewahren von allerlei Gegenständen bestimmt sind, theilte, und für jene den Ausdruck „Behausung", für diese „Behaltung" brauchte. Weil wir nun in Gebäuden die Producte des Feldes, die Hausthiere und größere Geräthschaften, so wie die wichtigsten Erzeugnisse der Industrie zu verwahren pflegen, diese Gegenstände aber bei weitem zum großen Theile den Reichthum der Bürger ausmachen; so war es höchst gerecht, daß der Gesetzgeber auch diese Gebäude unter den Schutz des Gesetzes stellte und auf den durch Eindringen in dieselben verübten Diebstahl eben die Strafe setzte, welche er für den auf dieselbe Art in Wohnhäusern vollbrachten Diebstahl bestimmte. Da nun in jenen Gebäuden eben sowohl ein Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen verübt werden kann, wie in Wohnhäusern, die Gefahr für das Eigenthum also in beiden Fällen gleich begründet, so ist auch die gleiche Strafe für beide eben so erklärlich als gerecht. Diese Gründe, welche für die obige Behauptung, daß nämlich unter „Behaltung" nur Gebäude zu verstehen seyen, sprechen, haben auch die neueren Criminalisten bewogen, die von Remus [3]), Kreß, Carpzow und selbst Böhmer vertheidigte entgegengesetzte Ansicht aufzugeben. Die Juristen der älteren Zeit nämlich hatten seit Remus

3) S. die oft angeführten Stellen.

den Diebstahl vermittelst Aufbrechen von Schränken, Kasten u. dgl. Behältnissen, für qualificirt im Sinn unseres Artikels erachtet und sich dabei auf das Wort „Behaltung" gestützt, welches nach ihrer Ansicht eben sowohl Aufbewahrungsgebäude als auch jede Art von Behältniß in sich begreift. Als Beweis für die Richtigkeit ihrer Behauptung führen sie theils die Worte des Gesetzes: „in Jemandts Behausung oder Behaltung bricht", an, welche eben so viel heißen sollen, als: „Jemandts Behältniß aufbricht", theils den Artikel 185. der Bambergensis, welcher anstatt Behaltung das Wort Behältniß hat, und endlich sogar das Römische Recht, das nach der Behauptung eines der eifrigsten Vertheidiger dieser Ansicht, Walchius [4]), die Quelle unseres Artikels ist und zum Verständniß desselben allein und hauptsächlich Anleitung giebt. Was nun die Bedeutung des Wortes „brechen" in unserm Artikel betrifft, so ist oben schon zur Genüge dargethan worden, daß brechen hier dasselbe ist, was einbrechen nach unserm Sprachgebrauch. Wie aber Jemand in eine Kiste oder einen Schrank oder Koffer einbrechen, d. h. vermittelst einer gewaltsam gemachten Oeffnung hineingehen könne, vermag ich nicht einzusehen [5]). Wenn sich Walchius ferner auf die Bambergensis beruft und sagt, der Art. 159. der Carolina sey ganz gleichlautend mit dem 185. Artikel der Bambergensis, daher sey anzunehmen, daß der Verfasser der Carolina für das in der Bambergensis gebrauchte Wort „Behältniß" nur deßhalb den Ausdruck Behaltung gewählt habe, weil beide Worte ganz dieselbe Bedeutung haben; — so sehe ich in der That nicht ein, wie man hierauf einen Beweis für jene weitere Bedeutung des Wortes „Behaltung" in unserm Artikel gründen kann. Zugegeben, daß man unter Behaltung jeden Ort, wo

4) *In s. Glossarium germanicum* unter Behaltung.

5) Vergl. Grolman Criminalrechtswissenschaft §. 190. not. a.

Sachen aufbewahrt werden, oder jeden verschlossenen Raum, der zur Aufbewahrung von Sachen dient, verstehen kann, also auch Aufbewahrungsgebäude, so ist es doch durchaus erwiesen, daß die Bambergensis den Ausdruck „Behältniß", welchen wir jetzt als gleichbedeutend mit Behaltung annehmen, in jenem weitern Sinne gebraucht habe; vielmehr sprechen gerade dieselben Gründe, welche wir für die Carolina eben angeführt, auch dafür, daß der Verfasser der Bambergensis nur Gebäude, in die man allein einsteigen, einbrechen, oder mit Waffen hineingehen könne, unter jenem Ausdruck „Behältniß" verstanden habe. Allein die Ausdrücke „Behältniß und Behaltung" scheinen in jenen Zeiten, wo die Bambergensis und Carolina entstanden, doch nicht ganz dasselbe bezeichnet zu haben, vielmehr scheint der Begriff Behaltung weiter, der von Behältniß enger gewesen zu seyn, und zwar in der Art, daß unter Behaltung auch Gebäude zum Behalten, d. i. Aufbewahren von Gegenständen verstanden wurden, während der Begriff von Behältniß nur kleinere Aufbewahrungsorte, wie Kisten, Schränke u. dergl. umfaßte. Die Quellen des Deutschen Rechts sowohl, wie die Hülfsmittel, zu deren Verständniß die Schriften jener Zeit überhaupt, geben uns leider wenig oder gar keinen Aufschluß über diese beiden Worte; in den Glossarien z. B. von Schilter und Wachter fehlen die Worte Behaltung und Behältniß gänzlich, Haltaus hat zwar beide aufgenommen, allein die Bedeutung von Behältniß für verschlossene Räume übergeht er ganz, wahrscheinlich weil sie zu bekannt; von Behaltung dagegen sagt er nur: es bezeichne einen locus clausus ad servandum aptus, receptaculum, wobei er unsern Artikel citirt; Scherzius hat diese Erklärung in seinem Glossarium unverändert aufgenommen. So ist denn der Interpret der *Carolina* auf den Geist und Zusammenhang der Stelle, *wo jener* Ausdruck „Behaltung" gebraucht wird, allein

angewiesen; daß aber diese für die weitere Bedeutung von Gebäuden sprechen, ist eben dargethan worden [6]). Gerade aber der Grund, welchen Walch für die gleiche Bedeutung von Behaltung und Behältniß und zum Beweise dafür, daß unter Behaltung im Art. 159. auch Kisten, Schränke u. dergl. zu verstehen seyen, anführt, scheint nur für die entgegengesetzte Ansicht zu sprechen; denn der Verfasser der Carolina hat anstatt des in der Bambergensis gebrauchten Ausdrucks „Behältniß" das Wort Behaltung gewiß nur deßhalb gewählt, weil dies in der bekannten Bedeutung von Aufbewahrungsgebäuden mehr dem Zusammenhange, dem Geist des Gesetzes und dem, was er selbst ausdrücken wollte, entsprach; es würde wenigstens höchst auffallend seyn, daß er gerade nur in diesem einzigen Worte von dem ganz gleichlautenden Art. 185. der Bambergensis abweicht, wenn man nicht voraussetzte, daß er sich der verschiedenen Bedeutung bewußt gewesen sey, und absichtlich das Wort Behaltung, als seinen Willen richtiger und deutlicher ausdrückend, gewählt habe. Warum hätte er gerade dies einzige Wort „Behältniß" verändern sollen, wenn es mit „Behaltung" ganz gleichbedeutend gewesen wäre, er hat es gewiß nur deßhalb gethan, weil in „Behaltung" der Begriff der Aufbewahrungsgebäude, deutlicher enthalten, als in „Behältniß." Wenn sich Walch ferner auf das Römische Recht beruft und die beiden Stellen der Pandecten l. 3. §. 2. Dig., l. 15. und l. 54. §. 4. Dig. 47. anführt, wo

6) Die Carolina braucht den Ausdruck „Behältniß" nur an einer Stelle, und zwar im Art. XI, wo es heißt: „und wann auch der gefangen mer denn eyner ist, soll man sie, so viel gefenklicher behaltnuß halb sein mag, von eynander theilen"; hier bedeutet „gefenkliche behaltnuß" offenbar nichts anderes, als Gefängnißräume, Gebäude zur Aufbewahrung von Gefangenen, und dies spricht für die Ansicht, daß auch unter „Behältniß" Gebäude verstanden wurden.

es heißt: „effracturae fiunt plerumque in insulis horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt; quum vel cella effringitur vel armarium vel arca", und am letzten Orte: „qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium", und aus diesen den Beweis herleitet, daß der Gesetzgeber unter „Behaltung" im Art. 159, wo ja auch vom Einbrechen zum Zweck des Stehlens die Rede sey, nach Analogie des Römischen Rechts Schränke und Kasten verstanden wissen wolle — so hat Walch hiermit gar nichts bewiesen. Denn sein Schluß: „quum plures in Constitutione nostra deprehendantur articuli, qui ex jure Romano sunt desumti — admodum probabile est, auctores Constitutionis nostrae ad posteriorem potissimum respexisse locum" (l. 54. §. 4. Dig. 47.), kündigt sich schon in seiner Fassung als eine Hypothese an, die in der subjectiven Ansicht des Schließenden ihren Grund und ihre Berechtigung findet; objective Gründe weiß Walch selbst für seine Meinung nicht anzugeben, denn daß unser Artikel einer von den „plures ex jure Romano desumti" sey, entbehrt aller innern Wahrscheinlichkeit und ist auch deßhalb unglaublich, weil jene Stellen des Römischen Rechts von effingere allgemein, d. h. von aufbrechen reden, was freilich bei Schränken und Kisten geschehen kann, während unser Gesetz den Einbruch zum Zweck des Hineingelangens in die inneren Räume einer „Behausung oder Behaltung" behandelt, also beide von verschiedenen Arten des Diebstahls sprechen. Uebrigens unterscheidet der Gesetzgeber das Einbrechen vom Aufbrechen ganz bestimmt im Art. 174, wo er sagt: „Item so jemandt — von geweihten Dingen — aus eyner kirchen stele, — darzu doch der Dieb nit stieg, brach oder mit geverlichen Zeugen auffsperret", woraus ersichtlich, daß er für den Akt des Aufbrechens allein den Ausdruck

„mit geverlichen Zeugen auffsperret", gebraucht. Da nun im Art. 159. jene Worte für das „Aufbrechen" sich nicht finden, sondern nur vom „brechen in jemandts Behausung oder Behaltung" die Rede ist, so ist ersichtlich, daß Gegenstände, bei denen nur ein Aufbrechen, aber kein Einbrechen denkbar und möglich ist, hier unter Behaltung nicht begriffen seyn können. —

Was nun den Ort und die Beschaffenheit jener Behausungen und Behaltungen betrifft, in denen ein Diebstahl mit Einbruch möglich, so haben viele Criminalisten, ganz ohne Grund, zwischen mehr oder weniger festgebauten oder verwahrten und zwischen leeren und bewohnten Gebäuden einen Unterschied gemacht, und zwar in der Art, daß sie die Möglichkeit eines Diebstahls mit Einbruch nur für die fester verwahrten, bewohnten oder doch in bewohnter Gegend befindlichen Gebäude gelten ließen, weil hier sowohl eine „vis major", ein höherer Grad von Gewalt, als auch eine größere Verwegenheit von Seiten des Diebes zur Ausführung eines Einbruchs erfordert wird. Diese Einsicht theilen alle diejenigen Juristen, welche die Gefahr für Menschenleben für das wesentliche Erforderniß zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls halten, und in den Brechwerkzeugen, welche der Dieb zum Einbruch in fest gebaute und wohl verwahrte Gebäude anwendet, so wie in der Nähe der Bewohner des Hauses oder von Menschen in der Nachbarschaft überhaupt, jene Gefahr begründet finden. Allein da diese ganze Ansicht auf irrigen Voraussetzungen beruht, — da ferner nach den klaren Worten des Art. 159. zum Thatbestande des Diebstahls mit Einbruch nichts weiter erfordert wird, als daß der Dieb die Entwendung innerhalb eines Gebäudes, in welches er sich durch B r e c h e n, d. h. durch eine an den äußeren Theilen des Gebäudes verübte Gewaltthätigkeit *einen Eingang* verschafft hat, bewerkstelligt habe; — so

unterliegt es keinem Zweifel, daß weder die äußere Beschaffenheit des Gebäudes, noch die Anwesenheit von Bewohnern, noch die Nähe von Menschen überhaupt, bei der Frage nach dem Daseyn eines Diebstahls mit Einbruch in Betracht kommt. Freilich wird die äußere Gewalt, welche der Dieb zur Oeffnung des Gebäudes anwendet, nach der Beschaffenheit der größern oder geringern Festigkeit der äußeren Theile des Gebäudes verschieden seyn, allein für den Begriff des Diebstahls mit Einbruch ist der Grad der verübten Gewaltthätigkeit ganz gleichgiltig.

Uebrigens redet auch unser Gesetz einfach von Behausungen und Behaltungen; — daß hierzu auch Häuser, deren Bewohner nicht anwesend sind, und Gebäude, welche in einsamer Gegend stehen, gehören, leidet aber keinen Zweifel.

Einige Schriftsteller haben ferner die Frage aufgeworfen, ob das Erbrechen eines Schiffes, zum Zweck des Stehlens, einen Diebstahl mit Einbruch im Sinn des Art. 159. begründe. Diese Frage muß bejaht werden, sobald das Eingehen oder Hineingelangen in die inneren Räume des Schiffes durch Brechen bewerkstelligt worden ist. Denn der Theil des Schiffes, welchen man „Kajüte" nennt, entspricht dem Begriff von „Behausung", da er zum Bewohnen bestimmt ist, während die übrigen Räume des Schiffes, in die ja der Dieb durch Brechen eindringen kann, sehr wohl als „Behaltung" betrachtet werden können; zumal ein Schiff in rechtlicher Hinsicht sowohl wie im gemeinen Leben als ein „schwimmendes Gebäude" angesehen wird.

Auch darüber hat man gestritten, ob das Oeffnen von Gebäuden durch Dietriche und Nachschlüssel als Einbruch gelten könne und den hierdurch bewirkten *Diebstahl* so qualificire, daß dafür die Strafe des *Diebstahls mit* Einbruch eintrete; Tabor a. a. O. §. 21. Grassius l. c. S. 15. und Clasen ad art. 159.

entscheiden diese Frage bejahend, während die meisten übrigen Schriftsteller einen so bewirkten Diebstahl nur als gemeinen gelten lassen. Diese letztere Ansicht ist unstreitig die richtige; denn jenes Oeffnen mit Dietrichen oder Nachschlüsseln entbehrt aller Merkmale des Brechens, d. h. des gewaltsamen, die Zerstörung oder Beschädigung des hindernden Gegenstandes herbeiführenden Oeffnens, kann also auch nicht als Einbrechen gelten. Wird aber durch dieses Oeffnen mit Dietrichen das Schloß selbst verletzt und beschädigt, so daß eher ein Aufbrechen als Aufmachen oder Aufschließen vorliegt, so leidet es keinen Zweifel, daß der durch ein solches Eindringen in die inneren Räume der Gebäude vermittelte Diebstahl, als mit Einbruch begangen, bestraft werden muß.

Zum Begriff des Diebstahls mit Einbruch gehört ferner, daß der Akt des Einbrechens vor der Entwendung selbst, und um diese möglich zu machen, Statt gefunden habe, weßhalb der Dieb, welcher auf gewöhnliche Weise „außerhalb steigens oder brechens" in ein Haus eindringt, nach vollendeter Entwendung aber aus Bosheit oder zum Zweck der Flucht Thüren, Fenster, Dächer u. dgl. aufbricht, eines Diebstahls mit Einbruch nicht schuldig ist. Da nämlich das Gesetz vom Einbrechen zum Stehlen spricht, jener aber erst nach vollendetem Diebstahl Gewalt an Sachen verübte, aus welchem Grunde es auch sey, so kann er nicht den Normen unterliegen, welche das Gesetz für den Diebstahl mit Einbruch, d. h. den durch Einbrechen ermöglichten Diebstahl, ausspricht. Daher begeht auch derjenige keinen Diebstahl mit Einbruch, welcher nach vollendetem gemeinen Diebstahl in ein Gebäude einbricht, sey es um sich dort zu verbergen, oder sey es um den Verdacht zu begründen, daß jene Entwendung durch andere Hand vermittelst Einbruchs ausgeführt worden sey. — Daß ferner das Verbrechen des Diebstahls mit Einbruch *erst dann* vollendet sey, wenn die Entwendung wirklich

vollbracht ist, worüber die bekannten Regeln gelten, ist aus den Worten des Gesetzes ersichtlich; denn hier heißt es: „so ist doch der Diebstall darzu gebrochen wirdt — eyn geflißner geverlicher Diebstall — darum" —; woraus klar hervorgeht, daß nicht das Einbrechen, sondern der Diebstahl, d. h. die vollendete Entwendung, zu deren Ausführung eingebrochen wurde, mit der später angegebenen Strafe bedroht wird. Wenn daher Jemand bei dem Akt des Einbrechens in diebischer Absicht oder nach vollendetem Einbruch, aber vor der Entwendung selbst, entdeckt und ergriffen wird, so wird er zwar nach den Grundsätzen des conatus, aber nicht nach den, für den Diebstahl mit Einbruch geltenden Strafregeln beurtheilt werden können. Wenn Mehrere gemeinschaftlich einen Diebstahl mit Einbruch begehen, was in der Praxis der gewöhnlichste Fall ist, so werden diejenigen, welche am Einbruch sowohl, wie an der Entwendung, selbst thätig mitwirkten, nach den Bestimmungen für den gefährlichen Diebstahl zu beurtheilen seyn, und zwar wird jeden Einzelnen die volle gesetzliche Strafe treffen müssen, während die bloßen Gehülfen bei diesem Diebstahl den allgemeinen Regeln für socii delicti unterliegen werden.

Nach den oben angegebenen Regeln, über den Begriff des Diebstahls mit Einbruch, werden die einzelnen so unendlich verschiedenen Begehungsweisen dieses Verbrechens leicht zu beurtheilen und zu entscheiden seyn.

(Beschluß im nächsten Stücke.)

— - —

XV.

Ueber den neuesten Zustand der gerichtlichen Medicin und die Benutzung naturwissenschaftlicher Forschungen in gerichtlichen Fällen, so wie über die richtige Stellung des Sachverständigen zum Strafrichter.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI. im vorigen Stücke.)

22) Elementi di medicina legale di D. Pressuti. 2 Vol. Napoli 1841. 1844.

23) H. Zacchia, Giornale di medicina legale, tossicologia generale ed igiene publica compilata de R. Cappa. Napoli 1845.

24) Systematisches Handbuch der gerichtsarzneilichen Wissenschaft, mit besonderer Berücksichtigung der Erhebung des Thatbestandes, von Fr. von Rey. Wien 1845.

25) Kindesmord und Fruchtabtreibung in gerichtsärztlicher Beziehung für Gerichtsärzte und Juristen, von Güntner. Prag 1845.

Zu den bedeutendsten Werken über gerichtliche Arzneikunde gehört unfehlbar das oben unter Nr. 9. bezeichnete Werk von Devergie. Was diesem Buche einen vorzüglichen Werth giebt, ist schon die große Fülle des Materials, das

der Verf. aufgehäuft hat, indem er alle Forschungen, die in irgend einem auf die gerichtliche Medicin bezüglichen Theile gemacht sind, mit Sorgfalt und mit gehöriger prüfender Sichtung darstellt; es ist aber auch der tüchtige praktische Geist, der das Werk durchdringt. Da der Verfasser selbst vielfach an gerichtsärztlichen Arbeiten Theil nimmt und als Sachverständiger in der Voruntersuchung Gutachten giebt, oder in der Sitzung der Assisenhöfe seine Ansichten vorträgt, so kennt er das wahre praktische Bedürfniß, und seine Darstellungen schließen sich demselben an. So trifft man überall in dem Buche die einzelnen Fragen durch wichtige vorgekommene Rechtsfälle und durch die in denselben aufgestellten Gutachten erläutert an. Während die deutschen Hand- und Lehrbücher der gerichtlichen Medicin durch eine außerordentliche Gelehrsamkeit und durch Aufstellung allgemeiner Grundsätze verdienstlich sind, streben die französischen Werke dieser Art nach einem Reichthum von Detail durch die Zergliederung einzelner vorgekommener Fälle. Die Oeffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen in Frankreich gewährt hier den großen Vortheil, daß alle wichtigen Fälle, in denen bedeutende Fragen über gerichtliche Medicin vorkommen, bekannt werden und von den Schriftstellern benutzt werden können. Der große Umfang Frankreichs erklärt das Vorkommen einer Masse von wichtigen Fällen, wie sie kaum in einem andern Lande sich finden. Auf diese Art trifft man auch in dem vorliegenden Werke einen Reichthum von gerichtlich-medicinischen Erörterungen, wie sie kein anderes Werk darbietet; es wird kaum eine gerichtsärztliche Frage vorkommen, über welche nicht Devergie's Werk genügenden Aufschluß giebt. Sollen wir etwas tadeln, so ist es nur, daß der Verf. nicht auf die Arbeiten der deutschen, italienischen und englischen Schriftsteller über gerichtliche Medicin mehr Rücksicht genommen hat und daß die Anordnung des Ganzen nicht klar genug ist, so daß das Auf-

suchen der einzelnen Erörterungen erschwert wird. Der Verf. handelt zuerst (Kap. I.) von den gerichtsärztlichen Gutachten; (II.) von dem Tode; (III.) von den plötzlichen Todesarten; (IV.) von den Erkennungsmitteln des wirklichen oder Scheintodes; (V.) von den Mitteln, die Zeit des eingetretenen Todes anzugeben; (VI.) von den Veränderungen an der Leiche, die leicht mit pathologischen Veränderungen verwechselt werden können; (VII.) von der Leichenschau und den Vorsichtsmaaßregeln dabei; (VIII.) von der Leichenöffnung; (IX.) von der Ausgrabung von Leichen; (X.) von den Mitteln, die Größe einer Person aus einzelnen dem Arzte vorliegenden Theilen der Leiche zu bestimmen; (XI.) von Angriffen auf Schamhaftigkeit; (XII.) von der gerichtlichen Medicin in Bezug auf Ehe; (XIII.) von Schwangerschaft; (XIV.) von Niederkunft; (XV.) von der Vaterschaft Früh- und Spätgeburten; (XVI.) von dem Kindermorde. Der erste Theil von S. 521. an bis 723. enthält die Entwickelung dieses Verbrechens mit der größten Vollständigkeit. — Im zweiten Theile handelt das Kap. I. von der Abtreibung der Leibesfrucht, Kap. II. von der Lebensfähigkeit, Kap. III — VII. von den Todesarten und Verletzungen. Hier vorzüglich findet der Gerichtsarzt einen großen Reichthum wichtiger Fälle, deren Zergliederung dazu dient, bedeutende Fragen, z. B. über die Verletzungen durch Schußwaffen, über Erkennungsmittel des Ganges der Wunde (p. 114.), über die Möglichkeit, Selbstmord oder Tödtung durch fremde Gewalt zu unterscheiden (p. 174.), klar zu machen. Der Verf. stellt gewöhnlich seine Ansichten über die Frage der bisher gemachten Erfahrungen auf und knüpft daran Gutachten über vorgekommene Fälle. Das Kap. XII. bezieht sich auf die Erörterung über Seelenstörungen. Uns scheint, das diese Abtheilung die am *wenigsten bedeutende* im ganzen Werke ist. Dagegen *ist der dritte Theil*, der größtentheils die Lehre von der

Vergiftung enthält, höchst brauchbar. Alle neueren in Frankreich gemachten Erfahrungen sind hier sorgfältig angegeben und benutzt, namentlich (p. 407 — 521.) das Ergebniß der neuesten Forschungen über Arsenikvergiftung. Wir werden unten bei der Darstellung der besonderen Punkte auf die Ansichten des Vfs. zurückkommen. — Eine besondere Empfehlung verdienen die drei oben unter Nr. 11 — 13. angeführten englischen Werke über gerichtliche Medicin. Der praktische Geist, welcher die Engländer auszeichnet, ihre Sitte, nicht mit abstracten Sätzen sich zu begnügen, sondern überall die Anwendung ins Auge zu fassen und die freilich oft zuweit getriebene Achtung vor Präjudicien bewirken, daß die englischen Werke über gerichtliche Medicin höchst lehrreich sind, um so mehr als die Schriftsteller über dies Fach gewöhnlich selbst vielbeschäftigte tüchtige Aerzte sind, an gerichtlichen Verhandlungen als Sachverständige Theil genommen, und die Sitte haben, überall vorgekommene Rechtsfälle und gemachte Erfahrungen anzuführen. Hr. Guy ist Professor der gerichtlichen Medicin am Kings-College und Arzt am Kings-College-Hospital, Herr Taylor ist Professor der gerichtlichen Medicin und Chemie an Guy's Hospital, Hr. Thomson Professor am University-College in London.

Das bedeutendste der drei Werke ist das von Taylor, wenigstens in Bezug auf die Fülle der Nachweisungen, der Erfahrungen und der Ausführlichkeit der Entwickelung. Schon früher (1836) hatte der Verf. ein Werk über gerichtliche Medicin herausgegeben. Er ist mit den wissenschaftlichen Arbeiten und den gesammelten Erfahrungen der französischen und deutschen Schriftsteller völlig bekannt; man sieht aber bald, daß der Verfasser selbstständig prüft und schon in Bezug auf die treue Darstellung der in England gemachten Erfahrungen und der in den Gerichtshöfen vorkommenden Ansichten ist sein Werk

sehr schätzenswerth. Insbesondere verdient es Lob, daß der Verf. nicht auf eine Sammlung von Materialien sich beschränkt, sondern in jeder Lehre wissenschaftlich und klar die Ergebnisse der neueren Forschungen anordnet, und die Schlüsse, welche sich nach dem jetzigen Standpunkt der Wissenschaft und Erfahrung ergeben, klar und mit entschiedener praktischer Richtung darstellt. Die Aufgabe, welche sich der Verf. setzt, ist die: die Anwendung jedes Zweigs der medicinischen Forschungen nach den Zwecken des Gesetzes zu lehren. Gegen die wissenschaftliche Anordnung des Ganzen ist freilich Manches einzuwenden. Das Buch besteht mehr aus einzelnen Abhandlungen über die wichtigsten Theile der gerichtlichen Medicin, und handelt 1) von der Vergiftung (p. 1—280); 2) von den Verletzungen (p. 280—434.); 3) von dem Kindermorde (p. 435—606.); 4) von der Lehre der Legitimität (über Früh- und Spätgeburten, Superfötation, Impotenz); 5) von den Seelenstörungen (p. 624—658.). Wir werden in unserer Darstellung auf die Ansichten des Verfs. über die einzelnen Punkte z. B. bei Vergiftung, Kindesmord ꝛc. zurückkommen, und wollen hier nur den Leser auf den Entwickelungsgang des Verfs. und auf einige Hauptansichten desselben aufmerksam machen. In der Lehre von der Vergiftung entwickelt er zuerst: (Kap. I.) was Gift ist. Der Verf. zergliedert die gewöhnlich aufgestellten Definitionen und giebt als Begriff des Giftes (p. 5.) folgenden an: Gift ist ein Stoff, welcher innerlich beigebracht fähig ist, ohne mechanische Wirkung auf den ganzen Organismus das Leben zu zerstören. Da der Verf. bemerkt, daß leicht Gifte und Arzneien gleichwirken, so stellt er folgenden Unterschied auf: wenn die zerstörende Wirkung des Stoffes nicht von der Beschaffenheit des Stoffes selbst, sondern von dem Zustande des Organismus zur Zeit als der Stoff beigebracht wird, abhängt, darf der Stoff nicht als Gift betrachtet werden; alle Gifte müssen für sich selbst, abge-

sehen von dem Zustande des Organismus und von Eigenthümlichkeiten des Individuums, dem der Stoff beigebracht wird, zerstörend wirken. (Uns scheint, daß diese Darstellung nicht befriedigen kann; denn auch bei vielen Giften hängt ihre tödtliche Wirkung von besonderen Zuständen des Individuums ab, dem sie beigebracht werden. Auch würde z. B. bei Brechweinstein durch die obige Erörterung nicht erklärt, warum er nicht zu den Giften zu rechnen ist.) Im **II.** Kapitel wird von der Art, wie die Gifte wirken, und dann wiefern sie Todesursachen werden, gehandelt; und zwar spricht der Verf. (mit feiner Zergliederung der Erfahrungen über einzelne Gifte) von der örtlichen Wirksamkeit (also der unmittelbaren auf das Organ, welchem das Gift zunächst beigebracht wird), dann von der entfernten Wirkung, also der auf andere Organe, und handelt dabei wieder von der Absorption des Giftes (Uebergang in das Blut) und der Sympathie (Wirkung auf das Nervensystem). Das Kap. **III.** classificirt die Gifte; das Kap. **IV.** entwickelt die Regeln über die Aufsuchung der Gifte, und bezeichnet dabei 34 Punkte, auf welche der Sachverständige, wenn er über das Daseyn einer Vergiftung ein Gutachten zu geben hat, Rücksicht nehmen soll. Das Kap. V. bezieht sich auf die Beweise der verübten Vergiftung, in sofern bei dem lebenden Individuum gewisse Zeichen eintreten. Es ist dies eines der lehrreichsten Kapitel. Der Verf. prüft darin, in wiefern die gewöhnlich in dieser Lehre aufgestellten Regeln richtig sind, daher die Regel: bei Vergiftung müssen die Symptome auf der Stelle, während das Individuum ganz gesund ist, zum Vorschein kommen; ferner die Regel: die Symptome müssen sogleich nach dem Genusse der Speise, der Arznei, bemerkbar werden; ebenso die Regel: wenn mehrere Personen zur nämlichen Zeit die nämliche Speise oder die nämliche Arznei zu sich nehmen und darin Gift war, so müssen *bei Allen* die nämlichen Erscheinungen eintreten. (Dies

letzte ist nicht richtig, denn die Verschiedenheit der Wirkung auf mehrere Personen, die von der nämlichen Speise genießen, erklärt sich leicht dadurch, daß oft in einer Speise, z. B. wenn man in Sauerkraut Arsenik mischt, das Gift sich in verschiedenen Theilen der Speise nicht auflöst, oder an manche Theile, die einzelne Personen genießen, gar nicht kommt.) Der Verf. macht dann aufmerksam (p. 41.), daß oft Krankheiten vorkommen, deren Erscheinungen leicht für Wirkungen des beigebrachten Giftes genommen werden können, und prüft nun, welche Krankheiten dies seyen, welche Zeichen eintreten, und wie man sie von Symptomen des Giftes unterscheiden kann. Im Kap. VI. entwickelt der Verf. die Beweise von Vergiftung durch die an der Leiche bemerkbaren Erscheinungen mit Zergliederung der einzelnen Giftarten und Hinweisung auf vorgekommene Fälle. Das Kap. VII. handelt von dem Beweise der Vergiftung durch chemische Analyse. Hier spricht der Verf. gut über die Ausmittelung des Thatbestandes der Vergiftung; er zeigt (mit Beziehung auf vorgekommene Criminalfälle), daß die chemische Untersuchung allein nicht entscheiden, und wie das Nichtauffinden von Gift im Körper so leicht auch da vorkommen kann, wo dennoch Vergiftung Statt fand, aber auch das Auffinden des Giftes nicht nothwendig die Vergiftung beweist. Im Kap. VIII. wird gezeigt, daß die an Thieren gemachten Versuche, welche auf das Daseyn von Gift führen, nichts für die Vergiftung eines Menschen beweisen. Ein treffliches Kapitel ist das IX. über die Frage: ob das beigebrachte Gift wirklich die Ursache des eingetretenen Todes war. Es ist in den englischen Gerichten anerkannt, daß es zur Verurtheilung nicht genügt, wenn auch das Beibringen des Giftes und der erfolgte Tod bewiesen ist, weil der Tod auch durch andere Ursachen erfolgt sein kann. Sehr interessant sind die hier von dem Verf. mitgetheilten Criminalfälle. —

In den übrigen Kapiteln durchgeht nun der Verf. alle einzelnen Giftarten und schildert bei jeder die Symptome der dadurch verübten Vergiftung, die Krankheits- und Todeserscheinungen, die nach dem Tode eintretenden Wirkungen und die beste Art der Vornahme der chemischen Analyse. Vorzüglich ausführlich (der Verf. bewährt den umfassend gebildeten mit allen Forschungen des Auslandes vertrauten Chemiker) wird die Arsenikvergiftung erörtert (p. 135—161.). Die Marshische Probe mit allen ihren späteren Verbesserungen, aber auch mit allen gegen sie geltend gemachten Einwendungen, wird ausführlich geschildert. Der Verf. weist nach, daß man in den englischen Gerichtshöfen auf die Probe von Marsh baut. Auf ähnliche klare praktische Weise ist auch die Lehre von dem Kindermorde abgehandelt. Sehr würdig zeigt der Verf. S. 436, daß manche gerichtliche Aerzte, wenn sie vor dem Coroner bei seiner inquest aussagen, nicht so gewissenhaft sind und die Sache leichter nehmen, indem sie davon ausgehen, daß der Fall vor die Assise kommen und der Arzt bis dahin Zeit haben wird, den Fall genauer zu studiren und die frühere Aussage zu berichtigen. Der Verf. zeigt, wie nachtheilig dies für die Angeschuldigten werden kann, welche dann oft von der großen Jury in Anklagestand versetzt werden, während dies nicht geschehen seyn würde, wenn das Gutachten gründlicher bearbeitet gewesen wäre. Die Abhandlung des Verfs. geht zuerst auf die Frage über Alter oder Reife des Kindes, und verweilt dann p. 440. bei der Prüfung der Beweise, ob ein Kind zur Zeit der Geburt gelebt habe; der Verf. tadelt, daß man häufig Alles nur auf den Beweis des Athmens des Kindes stelle, da das Kind lebendig geboren seyn kann, ohne zu athmen. (Die Praxis scheint jedoch in England vor der Coroners inquest die zu seyn, daß die Aerzte in Fällen, in welchen die Zeichen des Athmens fehlen oder unvollkommen sind, ihr Gutachten dahin geben, daß das Kind todt geboren

war.) Der Verf. entwickelt nun die Zeichen des geschehenen Athemholens (trefflich p. 447 — 452. mit Prüfung der neuesten Forschungen über die Gewichtsverhältnisse bei Kindern, welche athmeten), und verweilt dann (von p. 458. an) ausführlich bei den verschiedenen Lungenproben; er untersucht dabei die Ursachen, aus welchen, ohne daß das Kind lebte, in den Lungen Luft sich befinde und sie schwimmfähig werden können, theils wegen eingetretener Fäulniß, theils wegen Lufteinblasens. Nach den Forschungen englischer Aerzte (p. 462.) kann man mit Sicherheit nicht verkennen, ob die in der Lunge befindliche Luft eingeblasen wurde, oder Folge der lebendigen Geburt ist. Wir werden unten bei Entwickelung der neuen Ansichten über Kindermord das Ergebniß der Forschungen des Verfs. und seine Rathschläge darstellen, welche er dem gerichtlichen Arzte in Bezug auf sein Gutachten, wenn es auf Lungenprobe gebaut werden soll, giebt. Sehr belehrend ist hier auch, was der Verf. (p. 470.) aus der gerichtlichen Praxis Englands und aus der Art, wie die Richter die Geschwornen über den Thatbestand des Kindermords belehren, mittheilt. Im Kapitel XLVI. über die Beweise daß ein Kind lebendig geboren wurde, zergliedert der Verf. 1) die Beweise aus dem Athemholen, 2) die aus den vorgefundenen Zeichen von Gewaltthätigkeiten, 3) die Beweise die aus Veränderungen an der Kindesleiche abzuleiten sind. — Einer ausführlichen Untersuchung über die Frage: wie lange hat ein Kind nach der Geburt gelebt? wie lange ist es schon todt? ist das Kap. XLVII. gewidmet, und im Kap. XLVIII. werden die Fälle zergliedert, in welchen ein neugebornes Kind aus natürlichen Ursachen um das Leben kommen kann. Die Kap. XLIX u. L. prüfen, wie der Tod durch Gewaltthätigkeiten entstehen kann, und woran man erkennt, ob böswillig oder zufällig die Gewaltthätigkeiten entstanden. Auch hier verdienen die Criminalfälle und Beobachtungen

von Aerzten gebauten Angaben über die Fragen: ob Knochenbrüche durch den Geburtsakt ohne verbrecherische Thätigkeit der Mutter (p. 481.) entstehen können, und ob der Sturz des aus dem Mutterleibe fallenden Kindes Einfluß hat (p. 487.), Beachtung. Man bemerkt aus den Mittheilungen der Criminalfälle, wie ängstlich in England die Geschwornen sind und da, wo irgend Zweifel darüber, ob der Tod etwa Folge natürlicher Ursachen ohne Schuld der Gebährenden war, lieber lossprechen.

Diese Mittheilungen mögen vorläufig genügen, um auf die Wichtigkeit des vorliegenden Werkes aufmerksam zu machen.

Mehr wissenschaftlich (obwohl freilich gegen die Anordnung Manches einzuwenden ist), systematisch und selbst auf mehrere Fragen der gerichtlichen Medicin ausgedehnt, ist das unter Nr. 12. oben genannte Werk von Guy. Es handelt im Kap. I. von dem Beweise durch die Aussagen gerichtlicher Aerzte: 1) von der Herstellung der Identität, von dem Alter, 2) von dem Geschlechte, 3) von dem Unvermögen zum Beischlafe, von der Nothzucht, von der Schwangerschaft und von der Entbindung. Kap. IV. von der Kindesabtreibung und dem Kindesmord. — Kap. V. von Lebensversicherungen, von simulirten Krankheiten. Kap. VI. von den Seelenstörungen. Kap. VII. von todtgefundenen Personen, von dem wirklichen oder Scheintode, von dem plötzlichen Tode, von der Lehre des Ueberlebens. Kap. VIII. von den verschiedenen Todesarten, Ertrinken, Hängen, Ersticken, Erdrosseln. Kap. IX. von den Wunden, wo die Lehre von der Tödtlichkeit der Verletzungen abgehandelt wird. X. von dem Feuertode. XI. von der Vergiftung. Der ganze dritte Theil (in 18 Kapiteln) ist der Toxikologie gewidmet. Die Darstellung in dem Werke von Guy ist gedrängter, so daß sie weniger alle einzelnen Beobachtungen und Erfahrungen, als vielmehr das Ergebniß derselben, wie es der gerichtliche

Arzt kennen muß, darstellt. Einzelne gerichtliche Fälle werden jedoch auch hier angegeben. Das erste Kapitel ist vorzüglich interessant, da der Verfasser darin über die Stellung des gerichtlichen Arztes spricht. In England kommt der Arzt in Straffällen zweimal in die Lage, sein Gutachten abzugeben, und zwar in sofern er in der Voruntersuchung von dem Coroner beigezogen wird, und in sofern er in der Assise entweder von dem Ankläger oder dem Vertheidiger gerufen ist, auszusagen. Man bemerkt aus den Ausführungen des Verfs., daß die Aerzte in England sich vor der öffentlichen Verhandlung scheuen (wahrscheinlich wegen der Kreuzfragen, die an sie gestellt werden) und daher oft lieber ihr Gutachten so einrichten, daß der Fall nicht vor die Assise kommt. Der Verf. tadelt energisch eine solche Ansicht, und erklärt sich überhaupt sehr würdig darüber, daß der Arzt selbstständig seine Ueberzeugung aussagen soll, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Angeklagten vortheilhaft oder nachtheilig ist. Sehr gut erklärt er sich auch (p. 10.) über die Stellung des Arztes, wenn ihm, was oft während der Behandlung des Verwundeten geschieht, vertrauliche Geständnisse gemacht werden; nach dem Verf. muß der Arzt sich sehr hüten, dem Kranken zuzureden, solche Erklärungen zu machen, auch muß er wohl den geistigen Zustand als Gestehenden prüfen und das, was er erfahren hat, sogleich treu und gewissenhaft sich aufzeichnen, um dann, wenn er bei Gericht gefragt wird, zuverlässige Antworten geben zu können. Sehr interessant ist auch, was der Verf. (p. 12.) über die Vorsicht in der Benutzung der Aussagen Sterbender sagt. In der Entwickelung der Lehre von dem Kindesmorde hebt der Verf. nicht blos Punkte hervor, welche in anderen Lehrbüchern der gerichtlichen Medicin gar nicht oder nur oberflächlich erörtert werden, er entwickelt auch sehr umfänglich alle Fragen, die *bei der Beurtheilung* des Thatbestandes des Kindesmords *wichtig werden.* Werthvoll ist die Ausführung (I. p. 121.)

über den Sinn des Ausdrucks: lebendig gebornes Kind. Nach dem Verf. gehört dahin nur ein Kind, welches lebte, nachdem der ganze Körper schon außer dem Mutterleibe sich befand und nachdem es eine unabhängige Circulation des Blutes hatte. Bei der Frage: ob das Vorfinden der Luft in der Lunge Folge des Lufteinblasens oder der begonnenen Respiration war (p. 125 u. p. 138.), gesteht der Verf. die Schwierigkeit der Unterscheidung der zwei Fälle. Sehr gründlich würdigt der Verf. (I. p. 134—145.) die Einwendungen gegen die Lungenprobe, erklärt aber am Ende, daß darauf gebaut werden darf, und daß manche traditionell fortgepflanzte Einwendungen übertrieben sind. Zu den guten Ausführungen in dem Werke gehören die über die Todesursachen, durch welche ein neugebornes Kind um das Leben kommen kann ohne Schuld der Mutter (p. 152.), über den Sturz der Kinder (p. 158.). Am Schlusse scheint der Verf. (p. 162.) mit der Milde der Praxis in Bezug auf Kindermord unzufrieden zu seyn, in sofern durch die übertriebene Aengstlichkeit der Aerzte in Bezug auf gerichtlich-medicinische Fragen zuviel Schuldige der Strafe entgehen, und fordert selbst ein strengeres Gesetz über Kindermord. In dem zweiten Theile ist die Ausführung über den Tod durch Erhängen sehr gut (p. 323—342.), vorzüglich mit Beziehung auf die Frage: ob der Tod Folge des Zufalls, des Selbstmords oder fremder Gewaltthätigkeit war. In der Lehre von der Vergiftung giebt der Verf. zwar nicht soviel Detail als Hr. Taylor, aber man bemerkt leicht den mit der Toxikologie und den neuen Forschungen vertrauten Mann. Er glaubt (p. 392.), „daß man in Bezug auf die Definition von Gift leichter sagen kann, was Gift nicht ist, als was es ist; er definirt Gift als einen Stoff, welcher, äußerlich an den Körper oder *auf irgend* eine Art in den menschlichen Organismus *gebracht*, ohne mechanische Wirksamkeit durch seine eigene *ihm beiwohnende* Beschaffenheit fähig ist, das Leben zu

zerstören. Bei der Erörterung über den Beweis der Vergiftung (III. p. 402.) unterscheidet der Verf. 1) den Beweis durch Symptome, 2) den durch die Erscheinungen nach dem Tode, 3) durch Versuche an Thieren, 4) durch chemische Analyse, 5) durch die Nebenumstände. Wir werden unten bei der Darstellung der Forschungen über Giftmord die Ansichten des Verfs. umständlicher angeben. — Das Werk von Thomson oben Nr. 11. ist nach seinem Entwickelungsgange ähnlich dem von Guy; es ist nicht streng systematisch, allein es hat zwei empfehlungswürdige Eigenschaften, nämlich der Verf. liefert viele juristische Details über die englische Rechtspflege, um dadurch das Verhältniß und die Pflichten der Gerichtsärzte klar zu machen, z. B. p. 15. über die Verhöre, p. 47. über die Gerichtshöfe Englands, p. 58. über das Gericht des Coroner; der Verf. läßt aber auch ganze Verhandlungen, wenigstens auszugsweise abdrucken, um ein klares Bild von einer wichtigen vorgekommenen Frage und dem Benehmen des Gerichtsarztes dabei zu gewähren; überall giebt er viele Rechtsfälle und Rathschläge an, was der tüchtige und vorsichtige Gerichtsarzt zu thun hat, z. B. in Bezug auf die Zeugnißablegung, p. 13. 42. Was noch Thomson's Werk werthvoll macht, ist die klare Auseinandersetzung der einzelnen Lehre, so daß auch der Nichtarzt eine klare Vorstellung von gerichtsärztlichen Lehren erhält, z. B. in Kap. VII. von den Zeichen der Schwangerschaft und Niederkunft, wo der Verf. sehr belehrend über die Trüglichkeit der gewöhnlich angegebenen Kennzeichen spricht. — Klar ist im Kap. VIII. p. 214—253. der Kindermord erörtert. Der Verf. (p. 245.) erklärt, daß nur durch die Verbindung des Ergebnisses aller Arten von Lungenprobe es möglich wird, über das Leben des Kindes zu entscheiden. Auch im Kapitel von den Todesursachen (p. 433 f.) ist die Anführung und Zergliederung vieler vorgekommenen Fälle belehrend. — Das oben Nr. 24. angeführte Werk von

Ney hat mehr den Zweck, die juristischen Beziehungen, deren Kenntniß bei der Erhebung des Thatbestandes dem Gerichtsarzte wichtig wird, darzustellen und den Juristen auf die Punkte aufmerksam zu machen, welche in seiner Praxis in Bezug auf die Benutzung der gerichtlichen Medicin wichtig werden können. Der Verf. will durch ein tüchtiges Zusammenwirken des Gerichtsarztes und des Richters den Zweck der Entdeckung der Wahrheit befördern, und durch sein Werk, das oft mehr nur die Rücksichten für die Thätigkeit des Arztes und des Richters enthält nützlich werden. Neue Forschungen findet man in dem Buche nicht.

(Die Fortsetzung im nächsten Stücke.)

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,

F. C. Th. Hepp in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum in Gießen,

C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,

A. W. Heffter in Berlin,

C. G. v. Wächter in Tübingen,

H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1845.

Viertes Stück.

Halle

bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1845.

Inhalt.

Erstes Stück.

Zweites Stück.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv
des
Criminalrechts

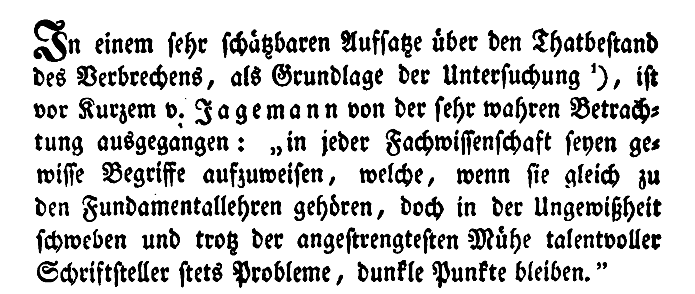
Neue Folge.

Jahrgang 1845. Viertes Stück.

XVI.

Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem und criminalprocessualichem Sinne.

Von
Birnbaum.



In einem sehr schätzbaren Aufsatze über den Thatbestand des Verbrechens, als Grundlage der Untersuchung [1]), ist vor Kurzem v. Jagemann von der sehr wahren Betrachtung ausgegangen: „in jeder Fachwissenschaft seyen gewisse Begriffe aufzuweisen, welche, wenn sie gleich zu den Fundamentallehren gehören, doch in der Ungewißheit schweben und trotz der angestrengtesten Mühe talentvoller Schriftsteller stets Probleme, dunkle Punkte bleiben."

1) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, herausgegeben von L. v. Jagemann, Fr. Nöllner und J. D. H. Temme. Neue Folge, Band II. S. 28. Darmstadt 1845.

Wir wollen die Richtigkeit dieses Satzes im Allgemeinen gern zugeben und selbst in Beziehung auf den Begriff des Thatbestands denselben, wenigstens theilweise, als richtig anerkennen, obgleich über die Lehre vom Thatbestand zum Theil noch in neuester Zeit umfangreiche Schriften erschienen sind [2]). Dadurch, daß, in seinem obenangeführten Aufsatze über diesen Gegenstand, v. Jagemann von jenem Satze ausgegangen ist, wollte er wohl selbst, was noch durch andere Aeußerungen darin bestätigt wird, andeuten, auch der Begriff von Thatbestand gehöre unter die noch in Ungewißheit schwebenden. Gewiß aber wird man nicht annehmen können, daß er ihn unter diejenigen zähle, die stets Probleme, dunkle Punkte bleiben werden. Wenigstens hat er sich bemüht, einiges Licht in diese, seiner Ansicht nach dunkle Seite der Criminalrechtswissenschaft zu bringen. Wenn wir nun, ohne das Verdienstliche dieses Bemühens im Geringsten zu verkennen, unserer Ueberzeugung nach sagen müssen, die in der That in den Begriffen von Thatbestand oder vielmehr in der Anwendung dieser Begriffe auf criminalrechtliche und criminalprocessualische Grundsätze und Geschäfte bei vielen Criminalrechtslehrern und Praktikern wahrnehmbare Unklarheit werde selbst in der v. Jagemann'schen Darstellung nicht ganz vermißt, und durch dieselbe nicht unmittelbar in ihrem Ursprunge erkannt werden, wenn wir demnach auch unsererseits versuchen wollen, diesen Ursprung genauer zu erforschen und etwas zur besseren Aufklärung jener Begriffe beizutragen, so werden auch wir nicht an der Möglichkeit einer endlichen Lösung dieser Aufgabe verzweifeln. Wir würden die Hoffnung der Lösung selbst dann nicht aufgeben, wenn von anderer Seite nachgewiesen

---

2) Insbesondere von Stübel, Luden, Kitka, Meyer, die auch v. Jagemann a. a. O. S. 35. Note 20. angeführt hat.

würde, daß auch unser Versuch mißlungen sey, so wie wir, im Falle eines bessern Gelingens, es jedenfalls mit Dank anerkennen würden, daß zu einer Wiederaufnahme dieser Erörterung v. Jagemann die erste Anregung gegeben hat. Wir sind übrigens schon seit einer Reihe von Jahren durch unsere Vorträge über Criminalrecht und Criminalproceß auf das Ungenügende und Unklare mancher gangbaren Ansicht von Thatbestand aufmerksam gemacht worden, und können uns darüber nur freuen, daß durch die erweckte Ueberzeugung des Unzureichenden der gewöhnlichen Lehre für das praktische Bedürfniß eine neue Bestätigung für die Wahrheit einer Abegg'schen Aeußerung gegeben worden ist, auf die sich in der angeführten Abhandlung auch v. Jagemann beruft [3]), daß es nämlich auf einem Mißverständnisse beruhe, wenn man behaupte, es könne etwas in der Theorie wohl seine Richtigkeit haben, was für die Anwendung nicht der Fall sey. Wir können aber nicht umhin, hierbei zu bemerken, daß nicht selten ein ganz wahrer theoretischer Satz in seiner Anwendung in der Praxis oder auch auf besondere Rechtslehren selbst in theoretischen Abhandlungen sich als falsch erweist, weil er eben schief angewandt wird. Es soll in dem Folgenden nachgewiesen werden, daß auch in den Erörterungen v. Jagemann's manche Klage gegen die Begriffsverwirrung in der Lehre des Thatbestands gerade hierin ihren Grund hat, und es ist vor Allem dabei zu bemerken, daß eben gegen die allerunklarste unter den Begriffsbestimmungen des Thatbestands, gegen die Feuerbach'sche [4]), von ihm im Wesentlichen eigentlich gar kein Bedenken erhoben worden ist. —

---

3) S. 29. Note 4. mit Beziehung auf Band I. S. 295. derselben Zeitschrift.

4) In dem Lehrbuche des peinlichen Rechts 13te Auflage. §. 81 u. f. Vgl. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, neue Folge. *Band II. Heft* 1. S. 35. zu Note 19.

Nach v. Jagemann sind heutzutage Alle darüber einig, daß man unter Thatbestand im strafrechtlichen Sinne den Inbegriff der wesentlichen Merkmale eines Verbrechens zu verstehen habe; so einfach jedoch diese Begriffsbestimmung auf den ersten Anblick sich ausnehme, so schwierig werde die Sache, wenn man die Application auf einzelne Fälle versuche. In Beziehung auf jene Uebereinstimmung der Criminalisten wird auf Feuerbach und Marezoll verwiesen[5]). Nun sind aber eben diese beiden Juristen über den Begriff des Thatbestands keineswegs ganz einverstanden, ihre Begriffsbestimmungen kommen auch nicht ganz vollkommen mit der oben angegebenen überein, und was Marezoll hierbei ausdrücklich bemerkt [6]), der Begriff Thatbestand werde, auch heutzutage noch, sehr verschieden aufgestellt, wird gewiß Niemanden entgehen, der die verschiedenen Aussprüche unserer Criminalisten über diesen Gegenstand sorgfältiger mit einander vergleicht. Wir wollen versuchen, das oben Gesagte im Folgenden zu rechtfertigen.

Wenn Marezoll sagt, es gebe gewisse wesentliche Merkmale und Voraussetzungen, ohne welche überhaupt gar kein Verbrechen gedacht und also auch keine Criminalstrafe zuerkannt werden könne [7]), so entspricht dies etwa demjenigen, was Feuerbach von den Gründen sagt, von welchen die rechtliche Möglichkeit der Anwendung eines Strafgesetzes, also die Zufügung einer Strafe abhänge [8]). Wenn aber Marezoll weiter sagt, den Inbegriff jener Merkmale und Voraussetzungen nenne man Thatbestand der Verbrechen, so nimmt dagegen Feuerbach diese Gründe, die er Gründe der absoluten

5) Das gemeine deutsche Criminalrecht. Leipzig 1841. §. 17.

6) Daselbst S. 46. Note 3.

7) A. a. O. §. 17. am Anfang.

8) Lehrbuch, 13te Ausgabe §. 79.

Strafbarkeit nennt, keineswegs für gleichbedeutend mit Thatbestand, sondern er versteht unter Thatbestand nur einen Theil dieser Gründe. Eben deßhalb werden, wie bei Marezoll [9]) der Thatbestand in einen subjectiven und objectiven getheilt wird (im Ganzen nach einem richtigen Gesichtspunkte, dem nur, wie unten näher gezeigt werden soll, ein anderer fremdartiger Gesichtspunkt beigemischt ist), bei Feuerbach die Gründe der absoluten Strafbarkeit theils als subjective, theils als objective bezeichnet [10]). Unter den Gesichtspunkt der objectiven Gründe der Strafbarkeit wird bei Feuerbach sodann die Lehre vom Thatbestand [11]), unter den Gesichtspunkt der subjectiven Gründe die Lehre von der Zurechnung [12]) gestellt. Die letztere Lehre wird also bei ihm von der Lehre vom Thatbestand ausgeschlossen und derselben gegenüber gestellt, während sie bei Marezoll mit dazu gehört, wie Jeder finden wird, der aufmerksam das erste Kapitel des ersten Abschnitts seines allgemeinen Theils durchgeht [13]). Aus diesem Grunde fehlt auch bei Feuer-

9) A. a. O. §. 17. gegen das Ende.

10) Lehrbuch §. 79 u. f.

11) Daselbst §. 80—83.

12) Daselbst §. 88—91.

13) Dieses Kapitel, welches §. 16—§. 28. umfaßt, führt S. 45 die Ueberschrift: von den wesentlichen Voraussetzungen eines jeden Verbrechens, und handelt unter demselben §. 17. vom Thatbestand, §. 25. von der Zurechnung, oder davon, daß eine That juristisch zur Schuld müsse zugerechnet werden können, um Verbrechen zu seyn, was demnach gewiß wesentliche Voraussetzungen jedes Verbrechens ist. Da nun aber nach §. 17. der Inbegriff der wesentlichen Merkmale und Voraussetzungen, ohne welche kein Verbrechen gedacht werden kann, Thatbestand ist, so gehören dazu nothwendig die in §. 25. erörterten Bedingungen der Zurechnung. Auch bildet, nach §. 25, die Zurechenbarkeit den innern Grund der Strafbarkeit, wie in §. 17. der Begriff des subjectiven Thatbestands auf das Innere bezogen wird.

bach die bei Marezoll (jedoch, wie gesagt, nicht nach einfachen Begriffen) vorkommende Eintheilung des Thatbestands in einen subjectiven und objectiven, und so sollte man glauben, der Begriff des Thatbestands werde bei ihm einzig auf objective oder äußere Merkmale der That mit Ausschluß aller inneren oder subjectiven bezogen, es sey bei ihm, mit andern Worten, Thatbestand überhaupt eben ganz dasselbe, was Andere durch objectiven Thatbestand bezeichnen [14]). Noch mehr wird man zu diesem Glauben geführt, wenn man bei ihm den Thatbestand überhaupt mit corpus delicti bezeichnet findet, während Andere als eigentliches corpus delicti nur den objectiven Thatbestand anerkennen [15]). Gleichwohl ist dieser Glaube nicht gerechtfertigt, indem Feuerbach zwar den Begriff des Thatbestands überhaupt unter den Gesichtspunkt des objectiven Grundes der absoluten Strafbarkeit bringt, nichtsdesto-

14) Freilich nicht ganz im Sinne Martin's, Lehrbuch des Criminalrechts, 2te Ausgabe §. 29, dessen Begriffe hierüber auch Müller, im Lehrbuch des Criminalprocesses §. 97. S. 197. §. 177. S. 433. angenommen hat. Wir werden auf diese Begriffe zurückkommen.

15) Martin a. a. O. §. 29. Wenn er dabei bemerkt in Note 2, in dieser Beschränkung hätten die älteren Schriften den Kunstausdruck *corpus delicti* beinahe immer gebraucht, so kann ich damit eben so wenig ganz übereinstimmen, als mit dem, was über diesen lateinischen Ausdruck Mittermaier bemerkt, zu Feuerbach §. 81. Note 1. — Vgl. Dessen Strafverfahren §. 62. Marezoll §. 17. S. 46. Note 3. bemerkt mit Recht, der Ausdruck *corpus delicti* sey dem von ihm aufgestellten Begriffe von Thatbestand nicht in jeder Beziehung entsprechend. Ob er aber in keiner Beziehung römisch sey, ist eine andere Frage, die ich nicht so unbedingt verneinen möchte. Darüber wird sich unten noch eine Gelegenheit bieten, Einiges zu bemerken. Nicht unpassend unterscheidet der französische Code d'instruction criminelle art. 32. zwischen *corps du délit* und *état du délit*, welcher letztere Ausdruck, wenigstens etymologisch mehr als der erstere, unserm deutschen Worte Thatbestand entspricht.

weniger aber als zum Thatbestand des Verbrechens gehörig nicht blos gewisse Merkmale der äußern Handlung an und für sich und nach Umständen auch einen bestimmten gesetzwidrigen Erfolg derselben, sondern auch oft gewisse subjective in dem Gemüth des Verbrechers, also in dessen Innern, liegende Gründe der rechtswidrigen Handlung, entweder eine gewisse Absicht, oder eine gewisse Art der Willensbestimmung, angiebt [16])!

Es ist in der That fast unbegreiflich, wie ein philosophischer Geist, welchen wir in Feuerbach unbezweifelt zu ehren haben, zu einem so groben Verstoß gegen alle gesunde Logik kommen konnte. Nicht weniger unbegreiflich ist es, daß v. Jagemann bei seiner Revision der Lehre vom Thatbestand, die er noch so sehr in Ungewißheit schwebend glaubt, und bei welcher er in der an sich ganz unschuldigen Eintheilung des Thatbestands in einen subjectiven und objectiven einen groben Verstoß gegen die Grundlehren des Criminalrechts sieht, die logische Richtigkeit seiner dagegen gemachten Bemerkungen für erhaben über jeden Zweifel hält und Bauer und Martin, welche jene Eintheilung angenommen haben, deßhalb bitter tadelt [17]), daß, sage ich, v. Jagemann auf das Un-

16) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch §. 79. die darauf folgende Ueberschrift und §§. 80 und 81. mit §. 82. Als Beispiele werden der animus lucri faciendi bei Diebstahl, der bei andern Delicten geforderte dolus angeführt. Es ist aber schwer zu begreifen, wie diese unter den Begriff objectiver Gründe der Strafbarkeit sollen fallen, und unabhängig von den subjectiven Gründen der Strafbarkeit, welche die Begriffe von Zurechnung und Zurechnungsfähigkeit bestimmen, gedacht werden können! Feuerbach's Inconsequenz ist hier um so auffallender, da er selbst in §. 105. zwischen objectiven und subjectiven Gründen der Strafbarkeit, als gleichbedeutend mit *rationes illegalitatis externae* und *internae*, unterschieden und jene auf die äußere Erscheinung des Verbrechens, diese auf dessen psychologischen Grund bezogen hat.

17) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren a. a. O. S. 36—38. und daselbst Note 23.

logische in der Feuerbach'schen Lehre vom Thatbestand nicht aufmerksam wurde, in welchem er doch, wenn er die Sache an der Wurzel fassen wollte, eine der hauptsächlichsten Ursachen der in dieser Lehre wahrnehmbaren großen Begriffsverwirrung entdecken mußte. Freilich hat Feuerbach die von ihm so sehr in Ungunst genommene Eintheilung des Thatbestands in einen subjectiven und objectiven eigentlich nicht angenommen. Er hat jedoch dazu die Veranlassung gegeben durch seine Eintheilung der Gründe der Strafbarkeit in subjective und objective und durch die völlig unlogische Weise, wie er darin die Lehre vom Thatbestand anknüpfte. Gewiß ist es ein logischer Fehler, wenn man erst Subjectives und Objectives, oder was an sich gleichviel ist, Inneres und Aeußeres bei den Voraussetzungen des Verbrechens unterscheidet und dann zu dem Objectiven, an das der Begriff von Thatbestand geknüpft wird, wieder Subjectives und Objectives zählt! Diesen logischen Fehler haben eben diejenigen vermieden, die, was Feuerbach in der That nicht gethan hat, unter Thatbestand, wie am bestimmtesten Marezoll, überhaupt alle Merkmale und Voraussetzungen des Verbrechens verstanden, und darnach ganz consequent den Thatbestand selbst in einen subjectiven und objectiven eingetheilt haben. Diese Criminalrechtslehrer haben also hiermit nicht nur nicht einen groben Verstoß gegen die Grundlehren des Criminalrechts begangen, sondern vielmehr der Wissenschaft einen wesentlichen Dienst erwiesen. Wenn ich unter Thatbestand alle Merkmale und Voraussetzungen des Verbrechens verstehen will, so muß ich ihn in einen subjectiven und objectiven eintheilen, weil eben jene Merkmale und Voraussetzungen theils subjective theils objective sind, und so wird sich denn auch diese Eintheilung, richtig verstanden und passend angewandt, nicht nur nicht als unlogisch und zu Ver-

wirrung der Begriffe führend, sondern vielmehr als ungemein nützlich, ja als nothwendig für Jeden erweisen, der in die ersten Elemente der Criminalrechtswissenschaft eine klare Ansicht gewinnen will.

Es ist eine ewige bei allen Völkern anerkannte Wahrheit, daß zu einem jeden Verbrechen Aeußeres und Inneres gehöre. In Deutschland hat man in neueren Zeiten dafür vorzugsweise die Worte objectiv und subjeciv gebraucht [18]). Dagegen ist im Allgemeinen gewiß nichts zu erinnern, wenngleich die Gegenüberstellung von Objectivem und Subjectivem bei deutschen Juristen sonst noch in vielen andern Lehren des Criminalrechts und Criminalprocesses vorkommt, wo sie eben nicht zum Heile der Wissenschaft und zur Aufhellung der Begriffe geführt hat, und obgleich bei Ausländern diese Sprachweise weit seltner üblich ist. Es ist übrigens der nämliche Grundgedanke, wenn die Franzosen von *materialité du fait* [19]), Andere von *fait physique* und *fait psychologique* [20])

---

18) In diesem Sinne hat auch Roßhirt in seinem Lehrbuche des Criminalrechts S. 35 u. 73. von der Natur des Verbrechens in subjectiver und objectiver Hinsicht und in erster Beziehung S. 42. von dem Verschulden als dem Subjectiven der Illegalität gesprochen, ohne, wie Martin, Bader und Andere gethan haben, in doppelter Beziehung von Thatbestand zu reden. Heffter, Lehrbuch 2te Ausgabe § 35. 46. 59. spricht in gleichem Sinne von subjectiven und objectiven Bedingungen oder Voraussetzungen des Delicts, und unterscheidet in Beziehung auf den Thatbestand zwischen der innern That als dem subjectiven und ihrer äußern Erscheinung als dem objectiven Thatbestand.

19) Selbst in Gesetzen z. B. Loi du 14. Vend. an III. und Code du 3 Brum. an IV. art. 374. 393. 394. 397. Auch das Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 20. Abschnitt 1. §. 16. spricht von Moralität der Verbrechen in Beziehung auf Zurechnung.

20) So Bentham, traité des preuves judiciaires Vol. I. Paris 1823. pag. 20. Wenn aber D. Möhl, über die Werthlosigkeit einer gesetzlichen Beweistheorie, in der Zeitschrift für

reden, und die Römer mögen diesen Gegensatz wohl zuweilen auch durch die Worte *delictum* und *crimen* angedeutet haben [21]). Sonst setzten sie, um die beiden wesentlichen Elemente eines Delicts anzudeuten, insbesondere auch *consilium*, *propositio* und *factum*, *actus* sich entgegen [22]), und da sie in ganz ähnlicher Bedeutung in der Lehre vom Besitze von *animus* und *corpus* sprachen [23]), so dürfte wohl auch der Ausdruck *corpus delicti* so ganz unrömisch nicht seyn, als zuweilen behauptet wird [24]), und recht gut gebraucht werden können, um, wenn auch nicht den Thatbestand überhaupt, noch dasjenige, was schon im mittelalterlichen Quellen oft als *corpus delicti* im Sinne der vom Verbrechen übriggebliebenen sinnlich erkennbaren Spuren vorkommt, doch dasjenige anzudeuten, was heutzutage, wenigstens bei Vielen, der objective Thatbestand heißt, die äußere Erscheinung des Verbrechens oder die zum Wesen des Verbrechens ge-

---

deutsches Strafverfahren, neue Folge, Band II. S. 190. Not. 7, Darmstadt 1845, sagt, durch fait psychologique werde die Beurtheilung des dolus ausgedrückt; so ist dies nicht ganz genau.

21) Ich habe auf diese verschiedenen Ausdrücke schon hingewiesen in Meiner Abhandlung über crimen und delictum, im Archiv Band VIII. S. 412. Vgl. Jahrg. 1837. S. 300 u. f. Weiter ausgeführt findet sich dies Alles in: Vaillant, de libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria. Amstelodami 1837. p. 11—16.

22) L. 225. D. de V. S. „Furem, adulterum quamquam aliqua significatione *ex animi propositione cujusque sola* quis dicere posset .... tamen oportere eadem haec crimina *assumpto actu* intelligi, et ideo fugitivum quoque et erronem non *secundum propositionem solam*, sed *cum aliquo actu* intelligi constat."

23) L. 3. §. 1. D. de adq. vel amitt. possessione. „Apiscimur possessionem *corpore* et *animo*, neque per se *animo* aut per se *corpore*."

24) Vgl. oben Note 15.

hörige körperliche Handlung [25]). Da, wo wir unter Thatbestand die äußere That sowohl als ihren innern Grund, oder die innere That sowohl als ihre äußere Erscheinung, die Beschaffenheit der verbrecherischen Handlung in allen ihren Elementen begreifen wollen, dürfte vielleicht statt *corpus delicti* eher das Wort *status delicti*, in Nachahmung der Franzosen, gebraucht werden können [26]). Ueberhaupt hat man jenen Ausdruck in Deutschland zuviel an den von Thatbestand angeknüpft und dadurch bei dem vielfältigen und verschiedenen Gebrauch von jenem in älteren Schriften die Bedeutung des an sich klaren Wortes Thatbestand selbst höchst unsicher gemacht. Wenn insbesondere das Wort *corpus delicti*, seit es in der Wissenschaft aufgekommen ist, wie

---

25) Es würde gewiß nicht unrömisch seyn, wenn wir nach Analogie dessen, was die Juristen sagten, um das nothwendige Zusammentreffen zweier Elemente zur Besitzerwerbung auszudrücken, zur Bezeichnung des nothwendigen Vereinigtseyns zweier Erfordernisse zum Begriff des Verbrechens sagen wollten: **Contrahimus delictum** ***animo*** **et** ***corpore*****, neque per se** ***animo*** **aut per se** ***corpore.*** Daß dies zwei wesentliche Bedingungen des Verbrechens sind, wurde sonst bekanntlich durch die zwei Fundamentalsätze ausgedrückt: **Cogitationis poenam nemo patitur, L. 18. D. de poenis**, und **poena sine fraude esse non potest, L. 131. D. de V. S.** Vgl. Rein, das Criminalrecht der Römer. Leipzig **1844.** S. **122** u. f. S. **144** u. f. **149 — 163.**

26) Vgl. oben Note **19.** und die daselbst berührte Ansicht Marezoll's. Wenn Heffter §. 58. den Thatbestand überhaupt corpus delicti nennt, so ist dies noch weniger als bei Feuerbach zu billigen, weil er mehr als Feuerbach darunter begreift, in seinem Lehrbuch §. 81. Was dazu Note 1. Mittermaier in Beziehung auf das *nisi constet aliquem esse occisum* in L. 1. §. 24. D. de SCto Silan. von der im Mittelalter jenem Ausdruck gegebenen Bedeutung als einer passenden sagt, scheint mir nicht recht einleuchtend. Ueberhaupt kann gefragt werden, ob in der That der Ausdruck durch die Juristen des Mittelalters entstanden sey, wie er behauptet. Ob, wie Luden, über den Thatbestand des Verbrechens, Göttingen **1840.** S. **40.** Not. 1. angiebt, der Ausdruck zuerst bei *Farinacius* vorkomme, scheint mir jedenfalls unerwiesen.

Luden sagt [27]), zunächst nur die processualische Bedeutung hatte, dem Untersuchungsrichter die Bedingung anzugeben, ohne welche er überhaupt keine Untersuchung eröffnen oder keine weiteren processualischen Fortschritte in derselben vornehmen könne; so war es wohl eine große Verkehrtheit, mit jenem Worte das deutsche Wort Thatbestand zu übersetzen, das, wie seither gezeigt wurde, einen so naturgemäßen Gebrauch in criminalrechtlicher Hinsicht hat. Nicht minder war es eine Verkehrtheit, das Wort corpus delicti, wie es nun einmal in criminalprocessualischem Sinne in Uebung war, auch da, wo man diese Bedeutung andeuten wollte, durch das Wort Thatbestand zu übersetzen, dem man doch wahrscheinlich am Anfange eine rein criminalrechtliche Bedeutung gegeben hatte. Dies zeigen auch Klein's Grundsätze des peinlichen Rechts [28]), in welchen Luden [29]) angiebt, das Wort Thatbestand zuerst gefunden zu haben, obschon weder daselbst noch bei Farinacius sich eine Andeutung vorfinde, daß das Wort etwas Neues sey. Abgesehen davon, daß natürlich bei dem Italiener Farinacius eine solche Andeutung sich nicht finden konnte, ist es jedenfalls bemerkenswerth, daß auch schon bei Klein von einem rein criminalrechtlichen Begriff des Wortes Thatbestand ausgegangen ist, indem es daselbst heißt: „diejenigen Thatsachen, welche zusammen den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimmen, machen den Thatbestand aus." Freilich kommt auch schon bei ihm der Fehler vor, daß er als gleichbedeutend mit Thatbestand in diesem Sinn den Ausdruck corpus delicti beifügte, und da-

27) A. a. O. S. 40.

28) Halle 1796. §. 68.

29) A. a. O. S. 40. Note 1.

durch dem deutschen Wort eine criminalprocessualische Nebenbedeutung gab, welche bei dem Ausdruck corpus delicti wohl ursprünglich die Hauptbedeutung gewesen seyn mochte [30]). Dieses Vermischen aber der criminalrechtlichen Bedeutung des Worts Thatbestand mit einer criminalprocessualischen ist die Hauptursache der vielfachen in der Lehre vom Thatbestand bemerkbaren Begriffsverwirrungen!

Diese Hauptursache einer Erscheinung, welche v. Jagemann richtig wahrgenommen, und welche ihn zu seiner Abhandlung über den Thatbestand des Verbrechens als Grundlage der Untersuchung bestimmt hat, ist

---

30) Wenigstens, wenn es wahr ist, daß die L. 1. §. 24. D. ad SCt. Silan. und der daselbst ausgesprochene Grundsatz: „Sciendum est *nisi constet aliquem esse occisum* non haberi de familia quaestionem. *Liquere igitur debere scelere interremptum*, ut Senatusconsulto locus sit", Anleitung gegeben haben zum Entstehen des Ausdrucks corpus delicti im Mittelalter. Ich halte es aber für richtiger zu sagen, jene Stelle Ulpians habe Anleitung gegeben zur Entstehung eines weit verbreiteten, in neuerer Zeit aber als falsch erkannten processualischen Grundsatzes, bei dem der Ausdruck corpus delicti eine große Rolle spielte. Uebrigens hat auch noch eine gewöhnlich übersehene Stelle von Paulus R. S. III. tit. 5. §. 12. ad SCt. Silan., die zugleich zur Erklärung von obiger Pandektenstelle dient, auf Bildung jenes processualischen Grundsatzes und Entstehung neuerer Ansichten über den Thatbestand Einfluß gehabt. Die Stelle heißt: „In disponenda eorum quaestione quorum dominus dicitur interemtus, hic Ordo servatur: primum *ut constet occisum dominum*, deinde *ut liqueat de quibus ea quaestio habenda sit*, atque ita de reis inquirendum." Sonst konnte im Mittelalter selbst auch unabhängig von diesen Stellen der Ausdruck *corpus delicti* an sich verschiedene Bedeutungen erhalten, da das Wort *corpus* auch in anderer Wortfügung im Mittelalter die Bedeutung von *rei alicujus summa* und von *cujusvis rei basis et fundamentum* hatte, wie man sehen kann aus: Glossarium medii et infimae Latinitatis, conditum a Domino Du Cange etc. digessit Henschel. Parisiis 1842. Fascic. VIII. p. 618. *s. v. Corpus.*

auch von ihm nicht deutlich erkannt, wenngleich einigermaßen geahnet worden. Eben deßhalb ist auch seine Darstellung theilweise in denselben Grundfehler verfallen, der in vielen hierauf sich beziehenden Schriften Anderer bemerkbar ist. Wir müssen uns hierüber näher erklären. Indem v. Jagemann in einer schon oben berücksichtigten Stelle [31]) seine Erörterung mit Aufstellung eines Begriffs von Thatbestand in strafrechtlichem Sinne beginnt, theilt er uns in der That eine von Vielen wenngleich noch selbst in diesem Sinne nicht von Allen einstimmig angenommene [32]) Definition des Thatbestandes mit, gegen die in diesem Sinne in der That auch nichts Erhebliches einzuwenden ist. Unsere ganze seitherige Erörterung hat dies gezeigt, und selbst die Etymologie muß diese Begriffsbestimmung billigen. Das Wort Bestand hat hier den Sinn von Beschaffenheit, und auch hiernach erscheint die Erklärung keineswegs als gezwungen. Wenn aber v. Jagemann weiter sagt, so einfach diese Begriffsbestimmung auf den ersten Anblick sich ausnehme, so schwierig werde die Sache, wenn man die Application auf einzelne Fälle versuche; so entsteht zunächst die Frage, ob die Schuld hiervon denjenigen beizumessen sey, welche die Definition aufgestellt haben, oder denjenigen, welche sie anwenden? Und hieran knüpft sich eine zweite Frage, ob v. Jagemann richtig verfahren sey, daß er bei einer Erörterung über den Thatbestand als Grundlage der Untersuchung von dem Begriffe von Thatbestand im criminalrechtlichen Sinne ausgegangen ist? So wie nach unserer Ueberzeugung die zweite Frage verneint werden muß, so

---

31) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, neue Folge, Band II. S. 35. Vgl. hier oben den Text zu Note 5.

32) Dies ist zum Theil schon oben gezeigt und soll unten noch weiter nachgewiesen werden.

müssen wir auch in Beziehung auf die erste uns dahin erklären, daß v. Jagemann uns mit Unrecht eine Schuld auf die Begriffsbestimmung geworfen zu haben scheint, welche nach unserm Dafürhalten einzig der Begriffsanwendung zuzuschreiben ist, und zwar derjenigen verkehrten Anwendung, die in der v. Jagemann'schen Darstellung selbst gefunden wird. Als Grund dieser verkehrten Anwendung müssen wir aber vorzüglich den angeben, der bei der genannten Darstellung zwar nicht ganz übersehen, aber doch nicht zu völlig klarer Anschauung gekommen ist, den man nothwendiger Weise zwischen Thatbestand in criminalrechtlichem Sinn und Thatbestand in criminalprocessualischem Sinn machen muß, wenn man sich nicht in unauflösliche Widersprüche verwickeln und in die einfachsten Grundsätze die größte Verwirrung bringen will.

So oft ein und dasselbe Wort zwei verschiedene Begriffe ausdrückt, von welchen jeder einer ganz andern Ordnung der Dinge angehört, entsteht nothwendig Verwirrung, wenn man den der einen angehörigen auf die andere überträgt. Ich will, um dieses klar zu machen, mich eines recht trivialen Beispiels bedienen. In unserer deutschen Sprache bedeutet bekanntlich das Wort Lerche einen Baum und einen Vogel. Wenn nun Jemand sich die Mühe geben wollte, aufs allergenaueste die Lerche als Baum zu beschreiben, um davon möglichst einen Begriff zu geben, und ein Anderer wollte diese Begriffsbestimmung auf die Lerche als Vogel anwenden, so würde dieser den daraus sich ergebenden Unsinn nicht der falschen Begriffsbestimmung des Ersteren, sondern seiner eigenen verkehrten Begriffsanwendung zuzuschreiben haben. Unseren Praktikern begegnet wohl zuweilen etwas Aehnliches, ohne daß sie sich dessen bewußt werden, und mit Unrecht klagen sie denn über die falschen Begriffsbestimmungen der Theoretiker.

Hierzu liefert die Lehre vom Thatbestand einen nun näher auszuführenden Beleg.

Daß wirklich unter Thatbestand in criminalrechtlichem Sinn oft etwas Anderes verstanden worden sey als unter Thatbestand in criminalprocessualischem Sinne, seit man überhaupt angefangen hat, in beiden Disciplinen jenes Wort zu gebrauchen, dies wird eine auch nur oberflächliche Vergleichung des verschiedenen Gebrauchs zeigen, den man in beiden Wissenschaften zu verschiedenen Zeiten von demselben gemacht hat. Man hat zu diesem Behufe gar nicht nöthig, besonders tief in die Dogmengeschichte einzugehen, obgleich ein solches Eingehen unerläßlich ist, wenn man auf die Quelle der hierbei bemerkbaren Irrthümer kommen will. Man braucht blos an den so vielfach besprochenen Unterschied zwischen General- und Specialinquisition oder Vor- und Hauptuntersuchung, bei dessen Festsetzung man auch bis jetzt weder zu völliger Uebereinstimmung noch zu großer Klarheit gekommen ist, und an die manchfachen damit verbundenen Controversen zu denken, um sich zu überzeugen, daß, wenn man hier von Thatbestand z. B. als demjenigen was bewiesen seyn müsse, damit die Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet, oder die Specialuntersuchung eröffnet werden könne, wie es so häufig geschah, sprach, man darunter unmöglich alles was zum Verbrechen gehört oder den Inbegriff aller zum Verbrechen gehörigen Merkmale verstehen konnte, ohne einen Unsinn auszusprechen. Ja nicht einmal dasjenige, was man nach obiger Darstellung in criminalrechtlichem Sinn den objectiven Thatbestand nennt und mit vollem Grunde so nennen kann, ließ sich, ohne zu widersinnigen Resultaten zu gelangen, hierbei zu Grunde *legen*. Es liegt ja auf der Hand, daß, wenn man dem Satze: Der Thatbestand muß erwiesen seyn,

um die Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum richten zu können, irgend einen Sinn geben wollte, man unter Thatbestand nicht einmal die ganze äußere Erscheinung des Verbrechens verstehen konnte. Wie lassen sich denn auch nur die äußeren, objectiven, in die Sinne fallenden Merkmale eines Verbrechens erweisen, wenn man sich dabei nicht ein bestimmtes Subject, eine bestimmte Person oder einen bestimmten Handelnden denkt, gegen den die Untersuchung zu richten sey, oder wenn man sich nicht die Untersuchung schon gegen ihn gerichtet vorstellt? Man mußte also wohl am Ende, sollte der genannte Satz einen Sinn erhalten, unter Thatbestand weiter nichts verstehen, als gewisse äußere Merkmale oder selbst sinnlich erkennbare Folgen einer That, aus welchen auf das Vorhandenseyn eines Verbrechens sich schließen läßt. Dieser Ideengang ist besonders sichtbar bei Klein, bei dem sich nach Luden's Erinnerung der Ausdruck Thatbestand zuerst finden soll, eben weil bei ihm, der von einer criminalrechtlichen Bedeutung des Thatbestandes ausging, zugleich auch schon die criminalprocessualische Anwendung mit ins Spiel kam [33]). Er sagte darum: „Zum Thatbestand des Verbrechens gehört zweierlei, 1. die Wirkung, in deren Hervorbringung das Verbrechen besteht, 2. die willkührliche Handlung, wodurch diese Wirkung hervorgebracht worden. Die bloße Wirkung kann nur in sofern den Thatbestand begründen, als sie allein aus einer hervorgehenden freien menschlichen

33) Grundsätze des peinlichen Rechts, 1794. §. 68. Wie sehr er in dieser Stelle des Criminalrechts auch schon an den Proceß dachte, beweist insbesondere die Note b. am Schluß von §. 68. „Die Ueberzeugung von der Existenz des Corporis delicti hat Grade, und man kann sich oft mit einem hohen Grade der Wahrscheinlichkeit begnügen, aber Lücken im Beweise dürfen nie durch bloße Vermuthungen ausgefüllt werden."

Handlung erklärbar ist." Hiermit hatte er auch schon einen doppelten Begriff des Wortes statuirt und hiernach suchte er auch zu erklären, warum man die Ausmittelung des Thatbestandes der gegen eine bestimmte Person als angeblichen Thäter gerichteten Untersuchung entgegensetze [34]). Diese Worte deuten zugleich an, daß dieser Gegensatz schon früher etwas Gewöhnliches war. Sie zeigen auch bis auf einen gewissen Punkt, daß darin nichts Widersinniges liegt. In dem letzterörterten Sinne läßt sich doch gewiß ohne allen Verstoß gegen Vernunft und Logik der Beweis des Thatbestands dem Beweise der Thäterschaft entgegensetzen [35]). Es ist aber eine ganz andere Frage, ob der eine und der andere Beweis ausschließliche Aufgabe eines besondern Abschnitts der Untersuchung seyn, und ob auch in dem letzterörterten Sinne von Thatbestand gesagt werden könne, derselbe müsse erst erwiesen seyn, ehe die Untersuchung gegen einen muthmaßlichen Thäter gerichtet werden könne? Und hierauf müssen wir antworten, daß dieser Satz durch die letzterwähnte Beschränkung des Begriffs zwar einen Sinn aber keine Wahrheit erhalten habe. Zur richtigen Erkenntniß dieses Resultats hat schon vor der Jagemann'schen Erörterung Mittermaier schätzbare Elemente gege-

---

34) Daran knüpfte er auch unmittelbar Folgendes: „Daher pflegt man auch die sinnliche Wirkung des Verbrechens und die Werkzeuge, womit es begangen worden, corpora delicti, weil man von ihnen als Spuren eines begangenen Verbrechens auf ein Verbrechen als die Ursache zurückschließt, zu nennen."

35) In ähnlichem Sinne sagt auch Bauer, Abhandlungen Th. I. S. 234, die Thäterschaft gehöre so wenig zum Thatbestand, daß sie vielmehr den Gegensatz derselben bilde. Allein dies ist weit weniger richtig in dem Sinne von Thatbestand, in welchem von ihm a. a. O. gehandelt wird, so wie ich denn überhaupt in dem, was mit dieser seiner Aeußerung in Verbindung steht, nr. 5. und 6, weit mehr zu tadeln finde, als in dem, was vor ihm v. Jagemann a. a. O. S. 27. Note 23. sonst tadelt.

ben [36]), die auch meines Erachtens sicherer als jene Erörterung zur Aufhellung der einschlägigen Begriffe führen könnten. Nur über die Weise, wie jener Satz entstanden seyn soll, kann ich mit Mittermaier nicht ganz einverstanden seyn [37]), so wie ich auch den Satz nicht richtig finden kann, die Juristen des Mittelalters seyen erst bei der Tödtung, wo es darauf angekommen sey, die Leiche des Ermordeten zu finden, dazu gekommen, von Thatbestand zu reden, welchen Satz auch nicht der dabei angeführte Biener bestätigt [38]).

Die früheren italienischen Juristen des Mittelalters haben vom Thatbestande oder auch von der Nothwendigkeit eines Beweises des Thatbestandes als Vorbedingung der Einleitung der Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum als muthmaßlichen Thäter eigentlich gar nicht gesprochen. Wenigstens kommt das Wort *corpus delicti* bei ihnen noch gar nicht vor, wohl aber sagten sie *constare debet de delicto* nicht nur allein ante torturam, sondern auch antequam formetur inquisitio specialis, ja selbst ante capturam und ante

36) Das deutsche Strafverfahren, 3te Auflage. Th. I. S. 325 u. f. §. 62. und besonders 63. Vgl. 4te Auflage. Heidelberg 1845. Th. I. S. 411 u. f.

37) Ungern vermisse ich auch in der 4ten Auflage S. 413—415. einen Satz, worin in der 3ten Auflage S. 327. vom Thatbestand im Sinne des Strafprocesses die Rede war, wodurch wenigstens angedeutet wurde, daß dies etwas anderes sey, als Thatbestand im Sinne des Criminalrechts. Dieser letztere als Inbegriff der Merkmale, die zu dem gesetzlichen Begriffe eines Verbrechens gehören, wie es in der 4ten Auflage S. 413. heißt, kann wenigstens da nicht zu Grunde gelegt werden, wo, wie auf S. 413. unmittelbar nach Obigem, von der doppelten Richtung der Untersuchung auf Thatbestand und Thäterschaft die Rede ist. Vgl. hier oben Note 34. und 35. und das dazu im Text Gesagte.

38) Strafverfahren, 3te Aufl. §. 62. Not. 7. 4te Aufl. §. 62. Not. 8.

accusationem [39]). Und hierin konnten sie sich allerdings auf das römische Recht berufen [40]), wo in Beziehung auf die bei Tödtung eines Herrn durch seine Sklaven untergeordnete Untersuchung Aehnliches sich vorgeschrieben findet, daß nämlich die Untersuchung oder vielmehr die Tortur der Sklaven erst dann eintreten soll, wenn die Tödtung, ja die Tödtung durch Verbrechen [41]) erwiesen sey [42]). Man sieht also, daß die älteren Schriftsteller nicht sowohl vom Beweise des Thatbestands als vielmehr vom Beweise des Verbrechens selbst, oder dem Beweise, daß ein Verbrechen begangen worden sey, als der Vorbedingung bestimmter richterlicher Schritte sprechen. Daß bei solchen Aussprüchen, wenn sie einige Auctorität erlangten, ein Irrthum in den Grundsätzen des Criminalprocesses noch weit eher möglich war, läßt sich leicht einsehen. Wenn man sich auch den Satz, es müsse ein Theil der zum Verbrechen gehörigen Umstände erwiesen seyn, um Jemanden als des Verbrechens verdächtig behandeln zu können, oder es müsse irgend ein Thatbestand, etwas zur äußern

---

39) So noch in Bossii Tractatus varii etc. Venet. 1570. tit. I. de delicto §. 14. §. 53. mit Beziehung auf Bartolus u. A. Auch Damhouder Prax. rerum criminal. kennt den Ausdruck *corpus delicti* noch nicht, sagt aber: *necessum est inquisitori certum esse, crimen commissum* esse de quo inquisitionem sit facturus (Cap. VII. §. 10.), und spricht in ähnlichem Sinne von Eröffnung der Untersuchung *quoties delicti certa veritas constare potest* probatione ordinaria (Cap. III. §. 2.).

40) Auf Ulpian in L. 1. §. 24. D. ad SC. Silan. Vgl. oben Note 30, besonders das *liquere debet scelere interemtum.*

41) Daß *scelus* noch mehr wie *crimen* technischer Ausdruck für Verbrechen war, habe ich in meinen Erörterungen über crimen und delictum gezeigt.

42) Vgl. das *constare* und liquere in der angeführten Stelle Ulpian's sowohl als in der von Paulus oben Note 30.

Erscheinung eines Verbrechens Gehöriges oder etwas als wahrscheinliche Folge eines Verbrechens Erscheinendes bewiesen seyn, um gegen Jemanden als Thäter einschreiten zu können, gewissermaßen ausführbar denken und daher leicht vorstellen kann, wie man dazu kam, den Beweis des Thatbestands in diesem eingeschränkten Sinn als Vorbedingung einer Specialuntersuchung zu fordern [43]); wenngleich man ferner an sich wohl ganz richtig die zwei Fragen: ist überhaupt ein Verbrechen begangen worden, und wer ist der Verbrecher, als zwei verschiedene Gegenstände der Untersuchung unterscheiden, und den erstgenannten Gegenstand der Untersuchung als Thatbestand gegenüber der Thäterschaft nach guten etymologischen Gründen bezeichnen kann, so darf man doch nicht übersehen, daß man hiermit eigentlich einen von drei bisher erörterten Begriffen verschiedenen vierten Begriff von Thatbestand angenommen hat, und, obgleich derselbe sowie auch der dritte ein criminalprocessualischer genannt werden kann, sich nicht vorstellen, daß von demselben ein bedeutend praktisch pro-

---

43) Man mag nun darunter in einem weiteren Sinn jede Richtung der Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum, oder in einem beschränkteren Sinn den Theil der Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum verstehen, der erst bei erlangter größerer Wahrscheinlichkeit seiner Schuld nach etwa erfolgter oberrichterlicher Entscheidung über dessen Zulassung eintritt. Den Beweis gewisser Thatumstände, *ut constet occisum dominum*, als Vorbedingung gewisser richterlicher Schritte gegen bestimmte Individuen, *ut liqueat de quibus quaestio habenda sit*, scheint auch eigentlich das SCtum Silanianum vorgeschrieben zu haben, nach den oben Not. 30. angeführten Worten von Paulus R. S. III. tit. 5. §. 12, indem er dabei von einem *ordo in disponenda quaestione* redet. Freilich kommt dabei von corpus delicti nichts vor. Auch findet sich daselbst nicht der weniger richtige Gedanke Ulpian's in L. 1. §. 24. D. ad SCt. Sil. von liquere debet *scelere peremtum*.

cessualischer Gebrauch gemacht werden könne. Insbesondere darf man sich nicht vorstellen, daß von den zwei Fragen: ist ein Verbrechen begangen worden, und wer ist der Verbrecher, eine jede einen ausschließlichen Gegenstand eines besondern Abschnitts der Untersuchung bilden könne, oder daß irgendwie der Eintritt eines besondern Stadiums der Untersuchung von dem Beweise des begangenen Verbrechens abhängig gemacht werden könnte, wie dies so oft allen Ernstes behauptet worden ist [44]), und zwar noch weit früher, als man die Ermittelung des Umstandes, ob ein Verbrechen begangen worden sey, durch die Worte: Ermittelung des Thatbestandes, zu bezeichnen angefangen hatte. In der That setzt ja die volle Gewißheit, daß ein Verbrechen begangen worden sey, nicht blos Gewißheit einer äußern That, sondern auch des innern Verschuldens eben so voraus, als beide Elemente vereinigt seyn müssen, um den Begriff des Verbrechens zu bilden, und so ist es klar, daß volle Gewißheit über die Frage, ob ein Verbrechen begangen worden sey, im Grunde erst das Resultat der ganzen Untersuchung seyn kann. Wenn also das Gegentheil angenommen wurde schon ehe die Worte Thatbestand und *corpus delicti* im Gebrauch waren, so ist offenbar, daß diese Worte an jener irrthümlichen Annahme und den sonstigen in ihrem Gefolge entstandenen Irrthümern nicht die

---

44) Ja selbst gesetzlich vorgeschrieben findet sich dies in einer Zeit, wo der oben erwähnte Satz *constare debet de delicto* bei den Juristen schon in voller Geltung, aber dabei noch nicht von *corpus delicti* die Rede war. Vgl. Philipps II. Ordonnance criminelle vom Jahre 1570. art. 17. in der Ausgabe von B. Voorda, S. 60. „Que si par la responce des criminels le cas est confessé ou que autrement *conste du delict perpetré*, se prendra incontinent . . . . conclusion criminelle contre lui etc." Es ist hiernach erst von dem weitern Verfahren und selbst noch art. 39. von der Tortur als einer jener Ermittelung des begangenen Verbrechens nachfolgenden Sache die Rede.

mindeste Schuld trugen. Im Gegentheil hat man vielleicht durch die Einführung des Wortes *corpus delicti* statt *delictum* in dem oben angeführten Satze der Juristen des Mittelalters zeigen wollen, daß man den darin liegenden Irrthum zu fühlen angefangen habe. Man konnte sich dabei denken, daß von dem Beweise eines Theils des Delicts richtiger gesagt werde, was vom Beweise des Delicts überhaupt nicht richtig gesagt schien, und wollte deßhalb durch Beifügung des Wortes *corpus* dem fraglichen Satze einen engeren Sinn geben. Indessen scheint der Ausdruck *corpus delicti* bei aufkommendem Gebrauch desselben zunächst mit *delictum* selbst gleichbedeutend gebraucht worden zu seyn. Wir lesen wenigstens bei Carpzow, der Richter müsse, um die ordentliche Strafe des Vatermords anwenden zu können, *certus esse de delicto*, ja er könne, ohne dies, selbst auf ein Bekenntniß nicht verurtheilen, und an einem andern Orte denselben Satz wiederholt oder vielmehr behauptet, der Richter könne unter diesen Umständen nicht strafen, *nisi plene et liquide constet de corpore delicti* [45]). Hiernach sollte man glauben, dieser Schriftsteller habe von *corpus delicti* einen ähnlichen Begriff gehabt, als die heutigen Franzosen bei einem bekannten Ausspruch über *corps de délit* [46]), der eigentlich von dem Kanzler

45) Vgl. **Practica rer. crim. P. I. qu. 16. nr. 1. et 7.**

46) Le veritable *corps de délit* c'est *le délit même.* Mittermaier hält diesen Satz für einen verderblichen, was er nach Umständen allerdings seyn kann. Allein wenn man in Deutschland den Thatbestand auch in criminalrechtlichem Sinn mit corpus delicti übersetzt, und ihn als Inbegriff aller Merkmale des Verbrechens definirt, so sagt man ja auch corpus delicti est delictum ipsum, und der Satz hat in diesem Sinn volle Wahrheit, da jedenfalls die Summe aller Theile eines Ganzen dem Ganzen gleich ist. In criminalprocessualischem Sinn hat der Satz indessen viel Bedenkliches, und in diesem Sinne sprechen auch noch die heutigen Franzosen von corps de délit mit Rücksicht auf den alten Satz:

d'Aguesseau herrührt, und bei neueren Vergiftungsfällen zur Sprache kam. Vergleicht man aber näher, was Carpzov unter liquide et plene constare de corpore delicti versteht, nämlich quando hoc probatur per aspectum cadaveris [47]), so sieht man, daß hier eben das constare debet de corpore delicti, das nach andern Stellen auch als nothwendige Vorbedingung der tortura et inquisitio contra aliquem formanda erscheint [48]), einen Grundsatz ausdrückt, welchem d'Aguesseau mit seinem oben erwähnten Ausspruch entgegenwirken wollte [49]). Derselbe Grundsatz hat in der That auch in neueren Zeiten besonders durch Doctrin und Gerichtsgebrauch eine Umgestaltung erlitten [50]).

Actio non datur nisi prius constet de corpore delicti. Sonst wird auch abweichend von obigem Satze gesagt: Le *corps du délit* est l'ensemble des *signes extérieurs* du fait qui en constituent la criminalité; c'est qui doit être demontré, mis en évidence pour prouver qu'il y a eu un crime ou un délit. Noch andere Begriffe führt an Morin, dictionnaire du droit criminel, Paris 1842. pag. 208. mit Beziehung auf Jousse, Justice Crim. II. 19, wo man die alten sonst auch in Deutschland gangbaren Ansichten findet. Vgl. Mittermaier, Strafverfahren, 4te Aufl. §. 62. Not. 10, auch Archiv 1844. S. 453. —

47) Pract. l. I. nr. 7. Die älteren Juristen erklärten eben so das *constare de delicto*, z. B. Bossii tit. 1. de delicto, princip. „Curia mittit Notarium ut mortuum videat etc. et sic curia hoc modo *constito sibi de delicto* potest *ad ulteriora procedere*." Bei der weiteren Entwickelung des Princips ist auch von Vergiftungen und der Aufgabe des Arztes dabei die Rede. Im tit. 2. de delinquente, princ. heißt es: Constito de *delicto* perquiritur *delinquens*, etc.

48) Pract. l. I. nr. 9. et 3. mit Beziehung auf Farinacius Op. Crim. P. I. qu. 2. nr. 1.

49) Nämlich den Grundsatz, daß z. B. der Tödtung wegen Niemand mit ordentlicher Strafe belegt ja nicht in Untersuchung gezogen werden könne, wenn nicht durch Augenschein die geschehene Tödtung hergestellt wäre.

50) Diesen Grundsatz giebt auch Mittermaier, Strafverfahren §. 63, 4te Aufl. S. 418. als heutzutage nicht mehr

Vergleichen wir nun näher, was von dem alten Grundsatze constare debet de delicto oder constare debet de corpore delicti, um diesen oder jenen Akt der Untersuchung vornehmen zu können, in der That übrig geblieben ist, so wird es sich ganz einfach auf den Beweis gewisser faktischer Umstände reduciren, aus welchen man mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit auf das Verschulden eines Menschen schließen kann. Daß man dies fortwährend *corpus delicti* genannt hat, ist gewiß eben so verkehrt gewesen, als daß man diesen Ausdruck auf den Inbegriff aller zu einem Verbrechen gehörigen Merkmale angewandt hat. Verdient der Ausdruck *corpus delicti*, welchen man eben so wenig aus der Wissenschaft ganz wird verdrängen können, als er aus dem gewöhnlichen Leben sobald verschwinden wird, in criminalprocessualischer Hinsicht noch fortwährend einige Billigung, so kann dies wohl nur in sofern seyn, als man ihn in eingeschränkterem Sinn auf die aus der Begehung des Verbrechens selbst übrig gebliebenen sinnlich erkennbaren Spuren bezieht [51]), welche immerhin im Criminalprocesse von

---

geltend an. Morin a. a. O. glaubt, daß er ehedem, wo das Verfahren heimlich war und die Verurtheilungen nicht motivirt werden mußten, heilsam gewesen sey. Morin führt übrigens hierbei auch den Ausspruch von d'Agueſſeau, aus dessen 51e plaidoyer also an: „Le *corps de délit* n'est autre chose que *le délit lui-même*, *dont l'existence seroit établie* par l'attestation de témoins dignes de foi, concordant entre eux etc., affirmant à la justice qu'un crime a été commis."

51) Wenn Feuerbach, Lehrbuch §. 81. Not. *a.* mit Beziehung auf Böhmer ad C. C. C. art. 10 §. 10, sagt, des Wortes Thatbestand bediene man sich in Bedeutungen, in welchen es von Rechtsgelehrten gar nicht gebraucht werden sollte, so will ich an sich dies keinesweges in Abrede stellen. Allein auf Böhmer, bei dem das Wort Thatbestand gar nicht vorkommt, paßt dieser Vorwurf nicht, und gegen Klein sollte derselbe wohl auch nur in sofern ausgesprochen werden, als er in einer schon hier oben §. 34. citirten Stelle von corpore *delicti* redet. Ich finde aber nun meines Theils gegen den

Wichtigkeit genug sind, um daran gewisse processualische Vorschriften anzuknüpfen [52]) und darnach ihre vernünftige Anwendung zu bestimmen. Eben so haben wir den Ausdruck oben in criminalrechtlicher Hinsicht in sofern gebilligt, oder dem römischen Sprachgebrauche für angemessen erklärt, als man ihn nicht auf den Inbegriff aller Merkmale eines Verbrechens, sondern nur in einem etwas eingeschränkteren Sinne auf dessen äußere Erscheinung anwenden wollte [53]).

Gebrauch des Wortes *corpus delicti* in diesem Sinne, in welchem es auch a. a. O. Böhmer gebraucht, weit weniger Bedenken, als dagegen, wie diesen lateinischen Ausdruck §. 81. im Texte Feuerbach selbst anwendet, worüber ich mich schon oben ausgesprochen habe.

52) Wie dies z. B. auch der Code d'instruction criminelle art 32. thut, mit Rücksicht auf welchen auch Morin, dict. l. l. sagt: dans le langage ordinaire on nomme corps de délit l'objet même sur lequel a eu le fait criminel, par exemple le cadavre en cas de meurtre. Er beruft sich dabei auf Rauter, Traité de droit criminel T. I. nr. 202, der aber erst im weitesten und zwar criminalrechtlichen Sinn von *corps de délit* redend, sagt, es sey le *fait materiel* qui constitue la base du délit à prouver, dann als *traces physiques* de ce fait das *corps de délit sous le rapport de la preuve* also in criminalprocessualischer und engerer Bedeutung bezeichnet, und endlich hinzufügt, in engster Bedeutung nenne man so les objets qui sont la matière du délit, ou qui en sont le produit, z. B. im Code pénal art. 11. Die weiteste Bedeutung von Rauter entspricht der oben in Note 46. angeführten von Morin.

53) Auch die Franzosen nehmen heutzutage *corps de délit*, abgesehen von einer Deutung, die man dem Spruche von d'Aguesseau geben könnte, nach Note 46, niemals soweit, als die Deutschen von Thatbestand reden. Der weiteste Begriff, den, nach Note 52, Rauter statuirt, entspricht dem Begriffe des objectiven Thatbestands, wie wir ihn oben in criminalrechtlicher Beziehung angegeben haben. Vgl. oben Note 18. 19. 20. und dazu den Text, mit Note 52. Auf Rauter's Ansichten als die richtigsten verweist übrigens auch Mittermaier, Strafverfahren, 4te Aufl. §. 62. Note 9. S. 413. Vgl. auch den Ausdruck état du délit hier oben Note 15. Von *matière du délit* oder objectum delicti

Was das Wort Thatbestand angeht, so mag dasselbe wohl in manchen Fällen besser passen als das Wort *corpus delicti*, obschon es auch wieder solche giebt, wo der selbst im gewöhnlichen Leben häufig vorkommende Ausdruck *corpus delicti* nicht passend durch Thatbestand wiedergegeben wird. Wie dem aber auch sey, der Ausdruck wird nun einmal sowohl im Criminalrechte als im Criminalprocesse in verschiedenen Bedeutungen angewandt, über die es von höchstem Interesse ist, sich genau Rechenschaft zu geben, so wie es, um Verwirrung zu vermeiden, unerläßlich ist, die criminalrechtlichen Bedeutungen von den criminalprocessualischen und in jeder Sphäre wieder die einzelnen Modificationen des Begriffs genau von einander zu unterscheiden, was auch Viele gethan haben. Wir können dies selbst von einigen Franzosen rühmen, denen der Deutsche so gern geneigt ist, Mangel an streng logischer Scheidung der Begriffe vorzuwerfen. Insbesondere hat Rauter sehr gut drei verschiedene Begriffe von

---

spricht auch Rauter a. a. O. nr. 94. in einem ähnlichen Sinn, als bei Martin §. 69. von Object und Subject des Verbrechens die Rede ist. Dies scheint auch in §. 68. durch den Gegensatz von activem und passivem Subject ausgedrückt zu seyn, und soll jedenfalls etwas anderes ausdrücken, als der Gegensatz von objectivem und subjectivem Thatbestand §. 29 u. f., obgleich bei der Darstellung der einzelnen Verbrechen öfters beide Gegensätze mit einander vermengt sind, was gewiß auch in der Lehre vom Thatbestand Irrthümer veranlaßt hat. Um sich davon zu überzeugen, sehe man nur, wie hierbei unter dem Gesichtspunkte des Thatbestands bald der Gegenstand des Verbrechens der Form der Handlung, z. B. §. 136. 141. 142, bald der Gegenstand oder das Object des Verbrechens dem Subject desselben oder der Person des Verbrechers entgegensteht, z. B. §. 122, obschon in andern Fällen dem Gegenstand wieder als Subjectives eine bestimmte Art des Verschuldens entgegengesetzt wird §. 107. 111, und als Gegenstand bald eine Sache, bald eine Person, bald etwas einer Person Zustehendes nicht Materielles anzusehen ist, ja sogar Verbrechen ohne besonderes Object und Subject vorkommen, z. B. §. 141. 178. 107. 122. 163. 132.

corpus delicti von einander unterschieden, obschon er, und zwar mit vollem Rechte, diesen Ausdruck auf dasjenige nicht bezog, was nach v. Jagemann in Deutschland nach allgemeiner Uebereinstimmung unter dem Worte Thatbestand verstanden werden soll [54]), wie ja auch Manches von dem, was Rauter und mit ihm die französischen Gesetze *corpus delicti* nennen, kein Mensch in Deutschland Thatbestand nennen wird [55]). Ueberhaupt sollte man sich hüten, die beiden Ausdrücke sich in jeder Beziehung als identische zu denken, obgleich dies sehr oft geschieht [56]). Sodann sollte man bei jeder Untersuchung

---

54) Nämlich nicht auf den Inbegriff aller Merkmale eines Verbrechens, sondern, selbst im weitesten Sinn, nur auf die materiellen Merkmale. Vgl. Not. 52. und 53.

55) Wenn z. B. der Code pénal art. 11. von der Confiscation des *corpus delicti* spricht, wenn es Eigenthum des Verurtheilten sey, so wird wohl Niemand in Deutschland von einer Confiscation des Thatbestands reden, wenn gleich die Rede seyn kann von einer körperlichen Sache, die zum Thatbestand gehört, d. h. von einer Sache, deren Vorhandenseyn oder Vorgefundenseyn an bestimmten Orten oder unter besondern Verhältnissen auf das Begangenseyn eines Verbrechens oder dessen besondere Qualität schließen läßt. In einem andern Sinn als dem obigen redet auch Code d'instr. crim. art. 133. von Protokollen, die das *corpus delicti* constatiren.

56) Z. B. von Feuerbach, wie oben Note 51. angegeben ist. Auch Mittermaier, zu Feuerbach §. 81. Note 1, spricht auf diese Weise davon, daß die Juristen des Mittelalters von Thatbestand da gesprochen hätten, wenn die Leiche des Getödteten aufgefunden worden sey, und Note 2. davon, daß die Lehre vom Thatbestand erst im germanischen Rechte entstanden sey, nach dem objectiven Gesichtspunkt dieses Rechts. Uebrigens kann ich selbst dies nicht zugeben, daß die mittelalterliche Lehre von der Nothwendigkeit des constare de delicto oder de corpore delicti dem objectiven Gesichtspunkt des germanischen Rechts zuzuschreiben sey. Das römische Recht hat ja in der That etwas der Art angeordnet, worauf sich die italienischen Juristen des Mittelalters einstimmig berufen haben. Auch ist in Meiner Abhandlung über Tödtung schon Manches gegen die auch von Martin ausgesprochene Ansicht über den objectiven Gesichtspunkt des germanischen Rechts bei diesem Verbrechen erinnert worden, was durch die genauen

über den Thatbestand sich tief dasjenige einprägen, was **Mittermaier** mit eben so bündigen als treffenden Worten über die doppelte Wichtigkeit dieser Lehre bemerkt hat. „Im **Strafrechte**, sagt er [57]), wird die ganze Lehre wichtig, damit die Handlungen, welche Gegenstände der Strafe seyn sollen, gehörig charakterisirt werden, im **Strafprocesse** aber hat sie ihre Bedeutung, damit eine Untersuchung eine gehörige Grundlage erhalte und nicht leichtsinnig angefangen werde." Doch ist der Inhalt dieses Satzes von ihm selbst nicht immer genug berücksichtigt worden [58]). Ueberhaupt wird, wie schon oben bemerkt worden ist, nicht genug Rücksicht sowohl bei der Darstellung dieser Lehre im Criminalrecht als bei ihrer Erörterung im Criminalproceß darauf genommen, daß sie in jeder dieser beiden Disciplinen eine besondere Bedeutung habe, und daß, da der nun einmal in beiden übliche Ausdruck Thatbestand natürlich in einer jeden mit dem besondern Zwecke im Zusammenhange stehen muß, zu welchem eine Erörterung des Thatbestandes gefordert wird, der Begriff desselben in einer jeden nothwendig ein anderer seyn müsse. Es ist rein unmöglich, den im Criminalrecht aufzustellenden Begriff auf den im Criminalproceß festzuhaltenden oder umgekehrt überzut[illegible], ohne jeden Augenblick in Widersprüche und in gefährliche Irrthümer zu verfallen. Da nun hiernach die Aufgabe gegeben ist, in einer jeden der beiden Wissenschaften den Begriff des Thatbestandes genau nach dem Bedürfnisse zu erforschen, wel-

---

Forschungen von **Wilda** bestätigt wird, der auch dem germanischen Rechte die Rücksicht auf Subjectives vindicirte, Strafrecht der Germanen S. 146 u. f. S. 544 u. f. Vgl. Archiv Band XIII. S. 423.

57) Zu §. 81. des **Feuerbach**'schen Lehrbuchs Not. 1. a. E.

58) Vgl. oben die Bemerkung in Note 37. über **Mittermaier**'s Strafverfahren, 4te Aufl. S. 413 u. f.

ches in einer jeden seine Festsetzung fordert, so ist es gewiß auch nicht unwichtig, möglichst zu erforschen, wie man denn in einer jeden zur Aufnahme des Ausdrucks gekommen sey. Vielleicht ergiebt sich hieraus schon, daß man das Wort Thatbestand nach einem in der Etymologie desselben gelegenen doppelten Begriff in verschiedener Weise auf das Criminalrecht und auf den Criminalproceß angewandt habe, und darnach dürfte vielleicht auch das Urtheil zu mäßigen seyn, welches wir oben über die Verkehrtheit dieser Anwendung gefällt haben [59]).

I. Bei dem Gebrauche des Worts Thatbestand im Criminalrecht liegt unverkennbar die Bedeutung von Beschaffenheit der That zu Grunde, und hiermit steht im Zusammenhange was Mittermaier von der Wichtigkeit dieser Lehre im Criminalrechte zum Zwecke gehörigen Charakterisirens der strafbaren Handlungen sagt. Da nun aber die Beschaffenheit eines jeden Verbrechens eine doppelte ist, eine innere und äußere, subjective und objective, so ist hiermit auch, wie schon oben ausgeführt wurde, die Eintheilung des Thatbestandes in einen subjectiven und objectiven vollkommen gerechtfertigt, wenn man nur bei dieser Eintheilung den criminalrechtlichen Gesichtspunkt consequent festhält, und nicht bei Bestimmung der Begriffe der beiden Eintheilungsglieder wieder Fremdartiges beimischt, was jedoch häufig geschieht, und was auch Marezoll nicht ganz vermieden hat, so sehr sonst seine Darstellung für den Zweck des Criminalrechts befriedigen mag [60]). Wir wollen ihm auch gern zu-

59) Zur Note 27 bis 28.

60) Das gemeine deutsche Criminalrecht §. 17. S. 46. und S. 47. Daselbst sagt er: „Wenn man oft den Thatbestand in den objectiven und subjectiven eintheilt, je nachdem er sich zunächst auf die Handlung des Verbrechens oder auf die Person des Handelnden und dessen Inneres be-

geben, was er nach Anführung der Unterscheidung zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand [61]) weiter sagt: „Sie muß aber jedenfalls mit großer Vorsicht gebraucht werden, wenn sie nicht zu Irrthümern verleiten soll." Was jedoch hierauf weiter folgt: „Denn sie läßt sich nicht bei allen Verbrechen scharf durchführen, indem beide Momente, auf welchen sie beruht, oft ganz zusammenfließen", vermögen wir nicht anzuerkennen. Wir müssen vielmehr in dieser Aeußerung wieder die Folge einer unpassenden Vermengung des ciminalrechtlich völlig begründeten Unterschieds zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand mit einem criminalprocessualischen anzeigen, der obgleich ein durchaus anderer, von den Praktikern

---

zieht, so ist das eine an sich nicht verwerfliche Unterscheidung, an welche sich auch namentlich für den Criminalproceß einige nicht unwichtige Folgerungen knüpfen lassen." Hierin ist aber die Verwechslung des criminalrechtlichen mit dem criminalprocessualischen Standpunkte ganz apparent. Im Criminalrecht, wo es darauf ankommt, als Thatbestand die Beschaffenheit der Handlung näher zu erklären, die unter den Begriff des Verbrechens fällt, kann bei der Eintheilung in subjectiven und objectiven nur der Gegensatz zwischen Innerm und Aeußerm die Grundlage bilden. Im Criminalprocesse dagegen, wo man sich die Aufgabe der Untersuchung zu vergegenwärtigen hat, kann man allerdings auch zwischen Object und Subject derselben in sofern unterscheiden, als man sich unter ersterm das zu ermittelnde Verbrechen in abstracto, unter letzterm die Person des Schuldigen, oder Thäters oder Verbrechers in concreto vorstellt. Dieser Gegensatz aber ist ein ganz anderer als jener erstgenannte, obgleich auch bei ihm von Thatbestand, als einem Theil der Aufgabe der Untersuchung, die Rede ist, und in diesem Sinn sich oft Thatbestand und Thäterschaft entgegengesetzt werden, welcher Gegensatz auch oft, ohne mit dem obigen durch dieselben Worte ausgedrückten identisch zu seyn, von den Praktikern, obgleich weniger passend, durch die Worte objectiver Thatbestand und subjectiver Thatbestand ausgedrückt wird. Die Verschmelzung beider Gegensätze in einen muß nothwendig der richtigen Erkenntniß beider im Wege stehen.

61) Vgl. hier oben Note 60. a. A.

gleichwohl mit denselben Worten ausgedrückt zu werden pflegt [62]). Bei dem criminalrechtlichen Unterschiede zwischen objectivem und subjectivem Thatbestande, wenn er richtig aufgefaßt wird, fließen die Momente, auf welchen die Unterscheidung beruht, niemals zusammen, indem bei einem jeden Verbrechen leicht unterschieden werden kann, was zu dessen Begriff in Beziehung auf die äußere Erschei-

62) Vgl. Note 60. hier oben a. E., auch Note 35. und 37. In der in der Note 35. angeführten Stelle aus Bauer's Abhandlungen wird es getadelt, daß man den Gegensatz von Thäterschaft und Thatbestand durch die Ausdrucke subjectiver Thatbestand und objectiver Thatbestand andeute, und ich kann dem nicht eben widersprechen. Allein das in der Note 60. hier oben Angeführte macht es doch erklärlich, wie man zu dieser Ausdrucksweise kommen konnte, und der für ihren Tadel von Bauer angeführte Grund ist nicht genügend. Es folgt daraus, daß Thatbestand und Thäterschaft Gegensätze bilden, noch nicht, daß es falsch sey, die letzte subjectiven Thatbestand zu nennen. Man könnte ja auch einen Grund haben, bei diesem criminalprocessualischen Gegensatze zu verfahren, wie bei dem gleichlautenden criminalrechtlichen, wobei man, auch ohne gegen die Logik zu verstoßen, den objectiven Thatbestand insbesondre wohl Thatbestand ausschließlich, gegenüber dem zur Zurechnung Gehörigen nennt, mit dem Bemerken, daß dies der Thatbestand im engern Sinn gegenüber dem Thatbestand im weiteren Sinne sey. — Diejenigen, die von subjectivem Thatbestande in processualischer Hinsicht reden, verstehen eben unter Thatbestand weiter nichts als die Aufgabe oder den Gegenstand der Untersuchung, und beziehen das Wort subjectiv nicht auf die inneren Merkmale des Verbrechens, sondern auf die Person des Verbrechers, von der §. 17. auch Marezoll redet. Vgl. Note 60. Diese aber als das Subject der Untersuchung oder genauer als das passive Subject derselben zu bezeichnen, ist wenigstens natürlicher, als wenn Martin §. 68. von Eintheilung der Verbrechen nach ihrem activen und passiven Subject spricht! Vgl. oben Note 53. Müller, der sonst in dieser Lehre sich auf Martin bezieht (vgl. oben Note 14.), versteht §. 80. unter Proceßsubject nur das active d. h. den Richter, unter Proceßobject §. 81. das Verbrechen, spricht jedoch auch §. 95. unter der Ueberschrift: Gegenstand der Untersuchung, selbst vom Verbrecher als Subject des Verbrechens.

nung der Handlung und in Beziehung auf ihren innern Grund gehöre. Nur darüber könnte man etwa in Zweifel seyn, ob die wenigstens oft zum Begriffe des Verbrechens geforderte Rechtswidrigkeit der Handlung zu den objectiven oder zu den subjectiven Merkmalen des Verbrechens zu zählen, oder als von beiden verschieden eine dritte Klasse der verbrecherischen Momente bildend anzusehen sey [63]). Was aber den criminalprocessualischen Unterschied zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand angeht, wie er zuweilen als gleichbedeutend mit der Unterscheidung Anderer zwischen Thatbestand und Thäterschaft aufgefaßt wird, so hat man es allerdings schon seit längerer Zeit eingesehen, daß diese beiden Begriffe wohl nach einer abstracten Auffassung von einander geschieden, in concreter Anwendung aber darnach nie zwei verschiedene Aufgaben der Untersuchung von einander abgesondert werden können. Sehr wahr hat schon Tittmann bemerkt [64]): „Der Strafrichter kann die Handlungen zur Erörterung des Thatbestandes, von der Erörterung, wer der Thäter sey, nicht allemal trennen und jene diesen vollständig vorausgehen lassen. Er muß öfte r

63) Wie etwa Luden die Lehre vom Thatbestand im Allgemeinen in drei Kapiteln abgehandelt hat, indem er Kap. I. S. 113 u. f. von der äußern Erscheinung der Handlung, Kap. II. S. 396 u. f. von ihrer Nothwendigkeit, Kap. III. S. 502 u. f. von der verbrecherischen Willensbestimmung, also dem innern Grund der Handlung, jedoch nicht mit ganz consequenter Durchführung, handelte. Feuerbach ist auf ähnliche Weise im Einzelnen z. B. in der Lehre von den Injurien verfahren §. 276—278. unter A. B. C., gewissermaßen gegen seine hierüber im Allgemeinen befolgte Anordnung und seine Ansichten vom Thatbestand überhaupt. Eigentlich kann das Moment der Rechtswidrigkeit selbst als objectives und als subjectives aufgefaßt werden, indem eine Handlung an sich dem Rechte eines Andern entgegen aber ohne rechtswidrige Absicht begangen seyn, oder aber mit solcher Absicht begangen dennoch kein Recht verletzen kann, z. B. §. 7. und §. 8. J. de obl. ex delicto.

64) Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2te Aufl. Halle 1824. §. 682.

für beide Zwecke zu gleicher Zeit thätig seyn." Tittmann sprach hiermit eben so gut einen für den Criminalproceß dienlichen Satz aus, als Marezoll einen unumstößlichen Grundsatz des Criminalrechts verkündet, indem er, am Schlusse seiner Andeutungen über den Thatbestand zum Behufe dieser Lehre, darauf aufmerksam machte, daß immer nur durch die Vereinigung der subjectiven und objectiven d. h. innern und äußern Elemente das eigentliche Verbrechen begründet werde [65]). Eben deßhalb hat auch Tittmann, in Beziehung auf das schon früher entstandene und selbst heutzutage noch bei Vielen vorhandene Bestreben, nach jener criminalprocessualischen abstracten Unterscheidung zwischen Thatbestand und Thäterschaft, die Begriffe von General- und Specialinquisition für den Criminalproceß zu bestimmen, von der mit diesen Worten angedeuteten Unterscheidung als einer zum Behufe der Abtheilung der Verhandlungen gemachten behauptet, sie habe heutzutage weder Sinn noch Wahrheit [66]). Gewiß wird bei einer solchen Begriffsbestimmung in den meisten Fällen es eine Unmöglichkeit seyn, den Eintritt der Specialinquisition durch ein eigenes obergerichtliches Decret aussprechen zu lassen. Diesem Umstande mag es auch zuzuschreiben seyn, daß in den Ländern, in denen noch gemeiner Criminalproceß gilt, in den

---

65) A. a. O. §. 17. a. E. S. 47. Müller, Criminalproceß §. 95. S. 188. spricht diesen Satz auch recht treffend aus, ohne dabei von Thatbestand, oder objectiven und subjectiven Merkmalen zu reden, weil er hierin mehr Martin folgt. Vgl. Note 14. 62.

66) A. a. O. §. 683. a. A. S. 156. des 3ten Bandes, wo auch ausdrücklich bemerkt ist, unter Generaluntersuchung verstehe man die Untersuchung, welche blos die Erörterung der That und des Urhebers derselben im Allgemeinen zum Zweck habe, unter Specialuntersuchung aber begreife man die Untersuchung, welche gegen ein bestimmtes Subject als der That hinreichend verdächtig gerichtet sey.

neueren Zeiten von der Nothwendigkeit des Erlasses einer solchen Verfügung immer mehr und mehr abstrahirt wurde, und nicht selten bei den Praktikern die Behauptung gehört wird: bei uns existirt der Unterschied zwischen General- und Specialinquisition nicht mehr. Wenn freilich der Unterschied keine andere Grundlage als die obenerwähnte hätte, so könnte man sich darüber nur freuen, wenn man ihn als solchen, der praktische Folgen in Anspruch nimmt, verschwunden denken müßte. Da ich aber an die Möglichkeit einer andern Grundlage glaube, so kann ich den Zustand der Dinge, wie ich ihn in mehr als einem Lande vorhanden aus guter Quelle weiß, nur für einen höchst nachtheiligen halten, wie er auch wohl als nicht übereinstimmend mit Verfassungsgesetzen bezeichnet werden könnte. Vielleicht spreche ich mich darüber bei einer andern Gelegenheit aus, besonders weil der Gegenstand mit dem gegenwärtig Behandelten in so genauem Zusammenhange steht.

Betreffend den criminalrechtlichen Begriff des Wortes Thatbestand, ist noch zu bemerken, daß der Gegensatz zwischen objectivem und subjectivem Thatbestande zuweilen auch noch in einem ganz andern Sinne vorkommt, als um den Gegensatz zwischen äußeren und inneren Merkmalen des Verbrechens im Criminalrecht [67]), oder den Gegensatz von Thatbestand

67) Es versteht sich übrigens von selbst, daß in diesem Sinne von Thatbestand auch im Criminalprocesse die Rede seyn kann und auch von Praktikern nicht selten ganz richtig davon geredet wird. In Habicht's rechtlichen Erörterungen und Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen, Band I. Zerbst 1843 ist nr. II. S. 78. ein sehr schätzbarer Aufsatz über den Art. 54. C. C. C., die positive Bestätigung der Geständnisse im Criminalprocesse betreffend, enthalten, und daselbst ist S. 133. davon die Rede, daß durch das Geständniß auch der volle Thatbestand des Verbrechens erwiesen werden könne. Hierunter versteht der Verfasser gewiß alle zum Wesen des

in engerem Sinn und Thäterschaft im Criminalproceß [68]) dadurch anzudeuten. Es scheint nämlich die Unterscheidung von Martin zwischen Subject und Object des Verbrechens, unter welchem letztern dabei zuweilen auch wieder eine Person zu verstehen ist, an der das Verbrechen begangen wird [69]), obgleich man sonst in anderer Beziehung Subject und Object wie Person und Sache sich gegenüberstellt, die Veranlassung gegeben zu haben, auch nach dieser Rücksicht von subjectivem und objectivem Thatbestand zu reden, so daß man z. B. bei dem Kindermorde zu jenem gehörig eine ledige Frauensperson, zu diesem aber ein neugebornes Kind rechnet [70]). Wenn gleich an sich diese Auffassung des fraglichen Gegensatzes für ihre Berechtigung zur Anerkennung so viele Gründe mag anführen können als die gewöhnlichere, so dürfte sie doch schon darum weniger zu billigen seyn, weil namentlich der Begriff des Objects des Verbrechens wieder auf eine sehr verschiedenartige und keineswegs logische Weise aufgefaßt wird [71]). Auch kann bei dieser Auffassung unter subjectivem wie unter subjectivem Thatbestand etwas zur äußern Erscheinung des Verbrechens Gehöriges, also nach sonstiger

---

Verbrechens gehörigen Merkmale; und wenn er S. 136. vom Inhalt des Geständnisses in Beziehung auf die Merkmale des sogenannten objectiven Tatbestandes spricht, so liegt hier ohne Zweifel die richtige Ansicht zu Grunde. Sehr gut spricht auch der Verfasser S. 132. von dem Falle, wenn sich in Folge der eingestandenen Thatsachen gewisse Erscheinungen und Spuren finden lassen müßten, diese aber nicht erfunden werden, ohne in diesem Sinne, wie so viele Andere, vom Thatbestand zu reden.

68) Vgl. insbesondre oben Note 62.

69) Vgl. oben Note 53. a. E.

70) Ich habe wenigstens dies in Untersuchungsakten und Relationen und besonders als Mitglied der juristischen Prüfungscommission in den schriftlichen Arbeiten der Candidaten nicht selten gefunden.

71) Vgl. oben Note 53.

Bedeutung des Worts rein Objectives verstanden werden, wodurch ein bei der sonstigen Auffassung des Unterschieds zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand gewonnener durchgreifender Gesichtspunkt verschoben und leicht Vieles zu noch größerer Verwirrung der Begriffe beigetragen wird [72]).

Hiermit werden wir von selbst wieder auf Feuerbach zurückgeführt, der, wie oben gezeigt wurde, zwischen subjectiven und objectiven Gründen der Strafbarkeit unterschied und unter die objectiven die Lehre vom Thatbestand, unter die subjectiven die von der Zurechnung stellte, den Thatbestand selbst aber zwar nicht ausdrücklich in subjectiven und objectiven eintheilte, zu demselben aber doch auch, außer der äußern Erscheinung der Handlung und ihrem Erfolg, gewisse subjective Gründe der rechtswidrigen Handlung zählte. Der Entstehungsgrund dieser so natürlich zu Begriffsverwirrungen führenden Inconsequenz ist zum Theil schon oben angegeben worden, kann aber am passendsten hier ergänzt werden.

Wenn man auch im Allgemeinen die subjectiven und objectiven Gründe der Strafbarkeit oder Bedingungen, Voraussetzungen und Merkmale des Verbrechens selbst durch subjectiven und objectiven Thatbestand bezeichnet, kann man gleichwohl Gründe haben [73]), die letzteren allein als Thatbestand im engeren Sinne zu bezeichnen und so dem Thatbestand das zur Zurechnung Gehörige als subjectives oder inneres Moment entgegenzusetzen [74]). Man muß aber

---

72) Eben so, wie bei dem hier oben zu Note 8. und folgenden besonders zu Note 16. Gerügtem.

73) Vgl. hier oben Note 62.

74) Wir können z. B. recht gut, eben so wie die Römer, factum und consilium, That im engern Sinn und Absicht

dann auch, will man logisch verfahren, dem Innern alles dasjenige zutheilen, was Inneres ist, und zu dem entgegengesetzten Aeußern nichts rechnen, was nicht Aeußeres ist. Wenn Feuerbach das Gegentheil gethan hat, so liegt der Grund hauptsächlich darin, daß er eine heutzutage häufiger vorkommende Eintheilung des Thatbestandes in einen allgemeinen und besondern übersehen hat, die sich z. B. sehr gut durchgeführt bei Marezoll findet, in Verbindung mit der Eintheilung in subjectiven und objectiven [75]). Mit Beziehung auf Abegg [76]) hat v. Jagemann den Thatbestand in einen allgemeinen, besondern und einzelnen eintheilen zu müssen geglaubt, ja behauptet, daß dadurch diesem Begriff eine eben so wissenschaftliche als praktisch-sachdienliche Auffassung gewährleistet werde [77]). Zunächst ist aber zu bedenken, daß v. Jagemann diese ganze Deduction an eine Unterscheidung zwischen Thatbestand und Thäterschaft knüpft [78]), die er ganz irrthümlich für eine erst kürzlich in Preußen neu erfundene hält [79]), und die er

---

sich entgegensetzen, und gleichwohl auch That im weitern Sinn nehmend jene die äußere, und die ihr entgegenstehende Absicht die innere That nennen. Vgl. oben §. 19. und 20. und dazu den Text.

75) A. a. O. §. 17. a. A. S. 46. vgl. 47. Nur dürfte es besser seyn, die Eintheilung in objectiven und subjectiven voranzustellen und jeden wieder in allgemeinen und besondern einzutheilen, als umgekehrt zu verfahren.

76) Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft S. 102, wo in der Lehre vom Thatbestand von Anwendung der logischen Kategorien des Allgemeinen, Besondern und Einzelnen die Rede ist, aber wohl schwerlich in dem Sinne, als dies v. Jagemann aufgefaßt hat.

77) A. a. O. S. 40 u. f.

78) A. a. O. S. 39.

79) Nämlich von Meyer, in dem Werke: Versuch einer Prüfung der Lehre vom Thatbestand und der Thäterschaft der Verbrechen im Allgemeinen und der Tödtung insbesondre, nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts, Berlin 1836.

der ihm so anstößigen Unterscheidung zwischen subjectivem und objectivem Thatbestand substituirt wissen will [80]), obgleich auch von dem angeblichen Erfinder der erstgenannten Terminologie die letztere gebraucht wird [81]). Sodann ist nicht zu übersehen, daß die schon ziemlich alte Unterscheidung zwischen Thatbestand und Thäterschaft, selbst unter der Benennung von objectivem und subjectivem Thatbestand, obgleich in anderer Bedeutung als der gewöhnlichen, von jeher, wie jetzt auch von v. Jagemann, zu criminalprocessualischen Zwecken aufgestellt wurde, in welcher Hinsicht schon Tittmann nach dem oben Angeführten ihre Nutzlosigkeit nachwies, daß dagegen die Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Thatbestand rein zu criminalrechtlichen Zwecken dient. Hiermit wird unser Urtheil wohl als hinreichend

---

80) A. a. O. S. 38. und 39. Auf S. 38. wird gesagt: „wenn man mit dem Ausdruck objectiver Thatbestand nichts weiter verbindet, als das Erforderniß äußerer Merkmale, wie sie bei einem gewissen Verbrechen vorkommen können, so sey dies, juristisch genommen, ein bodenloses Ding." Allein ich muß bekennen, daß ich dies für eine bodenlose Bemerkung halte. Wenn der Thatbestand der Inbegriff aller Verbrechensmerkmale ist, so kann ich auch den Inbegriff der objectiven Merkmale den objectiven Thatbestand nennen, obgleich Jedermann weiß, daß diese allein und ohne S[illegible]jectives kein Verbrechen constituiren. Wenn Tittm[illegible] Band I. §. 43. seines Handbuchs etwas Aehnliches sagt, so kann ich nicht finden, daß er darin besonders hell gesehen habe. Vielleicht hat er dabei auch an etwas Anderes gedacht, als v. Jagemann, insbesondere an den Gegensatz von Thatbestand und Thäterschaft und dessen oft versuchte Anwendung im Proceß, gegen welche, wie sie eigentlich v. Jagemann bezweckt, derselbe Tittmann Band III. §. 682 und 683. sich so überzeugend ausspricht. Vgl. hier oben Note 64—66. und dazu den Text.

81) Nämlich von Meyer a. a. O. erst im Allgemeinen S. 1. §. 1. und S. 12. §. 2., dann im Besondern S. 44. §. 4. und S. 56. §. 5. Von der Thäterschaft ist dann eigentlich erst im formellen Theil, in Beziehung auf den Beweis im Criminalproceß, die Rede §. 7. S. 74 u. f.

motivirt erscheinen, wenn wir in der dreitheiligen Eintheilung des Thatbestandes, von welcher v. Jagemann so großes Heil für die Wissenschaft erwartet, nichts weiter erkennen können, als ein abermaliges unlogisches Zusammenmengen von Begriffen, die zwei verschiedenen Sphären angehören. Der unbefangene Leser wird diesem unserem Urtheil um so mehr beistimmen, wenn er liest, wie die drei Kategorien des Thatbestandes der Trichotomie entsprechen sollen, wonach man in neuerer Zeit das Geschäft des Inquirenten in drei Theile, Information, Voruntersuchung und Hauptuntersuchung eingetheilt habe [82]). Aus ähnlichen Gründen finde ich es auch nicht ganz richtig, wenn man auf Thatbestand, Thäterschaft und Schuld des Angeschuldigten oder ihre Ausmittelung die Untersuchung gerichtet angiebt [83]), oder den Gegenstand der Untersuchung und die Hauptaufgabe des Inquirenten in den drei Fragen, ob und welches Verbrechen begangen, wer Subject des Verbrechens und in wiefern ihm dieses zuzurechnen sey, angedeutet erklärt [84]). Ohne Zurechnung ist wenigstens kein Verbrechen und kein Verbrecher denkbar, und während in einem gewissen Sinne Thatbestand und Thäterschaft in criminalprocessualischem Sinne, können in einem andern Sinne Thatbestand und Zurechnung zum Behufe des Criminalrechts als völlig erschöpfende Gegensätze gelten [85]).

82) A. a. O. S. 43.

83) Mittermaier Strafverfahren 4te Aufl. S. 413. §. 62. Anders S. 326. der 3ten Auflage.

84) Müller, Lehrbuch §. 95.

85) Der criminalprocessualische Gegensatz ist auch noch im französischen Strafproceßgesetzbuch art. 345 und 346. in der Erklärung der dem Geschwornen vorzulegenden Frage nach ihren zwei Elementen enthalten: s'il pense que *le fait est constant* et que *l'accusé est convaincu*. In früherer Zeit wurden die Fragen gesondert und außer der nach dem That-

Hiermit aber wollen wir auf Feuerbach zurückkommen, der zur Erörterung der criminalrechtlichen Begriffe den Thatbestand und die Zurechnung sich entgegensetzt [86]. Consequent hätte er hierbei, den Thatbestand im engern Sinn als das Objective der Handlung auffassend, eben so wie bei Andern sowohl der objective als der subjective Thatbestand in einen generellen und speciellen abgetheilt wird, sagen sollen: der Thatbestand sowohl als die Zurechnung ist entweder allgemein oder besonders. In Beziehung auf die Zurechnung ist eine solche Eintheilung auch schon von einem geistvollen Schriftsteller des Auslandes aufgestellt worden [87]. Dagegen hat Feuerbach in der Lehre von der Zurechnung einzig das Generelle im Auge gehabt, und das Specielle davon ganz unlogisch in die Lehre vom Thatbestand hinübergeworfen, zu dem er demnach gewisse subjective im Gemüthe des Verbrechers liegende Gründe der rechtswidrigen Handlung, die dazu geforderte besondere Willensbestimmung u. dgl. zählte [88]. Zum Theil rührte dies wohl daher, weil eigentlich auch Feuerbach in der Lehre vom Thatbestand überhaupt nur das Specielle

---

bestand und der Thäterschaft die *question intentionelle ou sur la moralité du fait* vorgelegt, was man später nicht mehr für nöthig hielt. Vgl. Meine Abhandlung über bösen Vorsatz, im Archiv 1837. S. 300 u. f. Die Frage: *si le fait est constant*, ist sogar noch ganz dieselbe wie die alte Frage: *An de delicto constat*, aus der sich, wie oben gezeigt wurde, nach und nach die processualische Lehre vom *corpus delicti* entwickelte.

86) Lehrbuch §. 80. u. f. §. 84. u. f.

87) Mit den Worten: *imputabilité proprement dite* und *culpabilité speciale à tel ou à tel cas*, z. B. in letzter Beziehung eben das Erforderniß des *dolus* zu diesem, der *culpa* zu einem andern Verbrechen. Vgl. Rossi traité de droit pénal, Paris 1829, Vol. II.

88) Lehrbuch §. 82.

desselben im Auge hatte, fast eben so wie die früheren Schriftsteller, von denen gesagt wird, daß bei ihnen jenes Wort zum erstenmal vorkomme [89]). Auch dies ist ein Umstand, den v. Jagemann übersehen hat [90]).

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich, daß, wenn wir selbst nur die criminalrechtliche Bedeutung des Wortes Thatbestand im Auge behalten, dasselbe in verschiedenem Sinne genommen werde und nach der Natur der Sache auch genommen werden könne. Der erste Weg also, auf dem Irrthümer vermieden werden können, ist der, welcher zur genauen Erörterung dieser verschiedenen Bedeutungen und ihres historischen, philosophischen und etymologischen Grundes führt. Ein zweites Mittel, sich gegen

89) Wie Klein Grundsätze §. 68: „diejenigen Thatsachen, welche den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimmen, machen den Thatbestand aus", sagt Feuerbach § 81: „der Inbegriff der Merkmale einer besondern Handlung oder Thatsache, welche in dem Begriffe von einer bestimmten Art rechtswidriger Handlungen enthalten sind, heißt der Thatbestand des Verbrechens. Daher ist auch dasjenige, was §. 32. unter dem Titel: von den nothwendigen Bedingungen eines Verbrechens, im Allgemeinen über die zu jedem Verbrechen nöthige äußerliche Erkennbarkeit und den dazu erforderlichen Mangel eines Rechtsgrundes abgehandelt ist, unter jenen Begriff gar nicht gestellt.

90) Indem er Feuerbach und Marezoll als übereinstimmend in dieser Begriffsbestimmung angab. Auch Stübel und Kitka stimmen in dieser Hinsicht nicht überein. Jener, über den Thatbestand, Wittenberg 1805. S. 3, nennt „Thatbestand den Inbegriff aller derjenigen Thatsachen, auf welche die in einem Criminalgesetze bestimmte Strafe erfolgen soll, in wiefern diese Thatsachen in der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten sind." Dieser, Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestands, Wien 1831. S. 3, sagt allgemeiner: „Thatbestand eines Verbrechens ist nichts andres als der Inbegriff jener Merkmale einer Handlung, welche den gesetzlich bestimmten Begriff eines Verbrechens erschöpfen. Dieser spricht denn auch S. 4. §. 2. von objectivem und subjectivem im Sinne der Praxis, oder materiellem und formellem Thatbestand. Doch empfiehlt er Vorsicht im Gebrauch dieser Worte.

Irrthümer in dieser Lehre zu bewahren, besteht darin, sich ja nicht vorzustellen, als könne man die verschiedenen criminalrechlichen Bedeutungen des Worts, deren Kenntniß und Festsetzung nützlich, ja unentbehrlich ist, um das Wesen des Verbrechens begreifen und die darüber geschriebenen Werke verstehen zu lernen, geradezu anwenden, um darnach die Regeln der Untersuchung zu bestimmen oder dahin einschlägige Grundsätze festzustellen. Hierzu dienen eigene criminalprocessualische Bedeutungen des Wortes Thatbestand, deren in der That auch mehrere gebildet worden sind, obschon auch hierbei oft das Wesentliche übersehen worden ist.

II. Bei der Betrachtung des Gebrauchs, den man zu verschiedenen Zeiten dem Worte Thatbestand im Criminalprocesse gegeben hat, läßt sich fragen, ob dabei ebenfalls ursprünglich, wie im Criminalrechte, die Bedeutung von Beschaffenheit der That die eigentlich maaßgebende war, oder irgend eine andere die Grundlage gab? Das letztere ist das Wahrscheinlichere, und wir dürfen nur dabei die Geschichte der Entstehung der Lehre vom Thatbestand im Criminalproceß oder der Lehre von den zur Eröffnung einer Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum als Thäter nöthige Vorbedingungen zu Rathe ziehen, um uns zu überzeugen, daß man wohl ursprünglich mit dem Worte gar nichts anderes andeuten wollte, als eben das Constatiren der That selbst.

Es ist oben nachgewiesen worden, daß weit früher als das Wort *corpus delicti* überhaupt in Uebung war, als Vorbedingung mancher richterlichen Schritte gefordert wurde: *constare debet de delicto*, oder auch der Richter müsse *certus esse de delicto*, es müsse *veritas delicti certa constare* [91]), durch welches Wort *veritas*

91) Vgl. die oben Note 39. und 45. und im Texte dazu angeführten Worte von Bossi, Damhouder und zum Theil

oder *existentia delicti* auch wieder später als der Ausdruck *corpus delicti* aufgekommen war, bekanntlich dieser selbst erklärt zu werden pflegt [92]). Wenn namentlich in dieser Beziehung Böhmer sagt: ista appellatio ad solam veritatem et existentiam *delicti* quod in quaestionem venit, non habito respectu *auctoris* refertur [93]), so wird ja hiermit ausdrücklich gesagt, der Ausdruck beziehe sich auf den Beweis der That an sich im Gegensatz der Ermittelung des Thäters, und wenn man durch das deutsche Wort Thatbestand diese Idee ausdrücken wollte, so ist klar, daß man unter diesem Bestand der That nicht die Beschaffenheit der That, nicht ihre Merkmale überhaupt oder theilweise, sondern die Gewißheit, die Wahrheit der That an sich, ihr Bekanntseyn oder ihren Beweis sich dachte. Bestätigt wird dies dadurch, daß man in älteren Werken weit häufiger die Worte findet: der Thatbestand müsse hergestellt seyn, als: der Thatbestand müsse bewiesen seyn, weil man bei der Herstellung des Thatbestandes sich die Herstellung des Beweises der That dachte, obgleich von dem Beweise der That an sich die Bedeutung des Wortes sehr leicht auf die That an sich selbst übergehen konnte und so die Entstehung des neuern Gegensatzes von Thatbestand und Thäterschaft sich ganz natürlich erklärt. Wenn dieser Gegensatz, der also gewiß nicht, wie v. Jagemann meint, eine ganz neue Erfindung ist, in

selbst Carpzow, auch das Note 44. angeführte niederländische Gesetz.

92) Eigentlich schon in den oben Note 50. angeführten Worten von d'Aguesseau. Vgl. insbesondre Böhmer ad C. C. C. art. 5. nr. 10, der auch behauptet, in diesem Sinn habe Carpzow den Ausdruck genommen.

93) A. a. O S. 33. Es scheint mir ein Druckfehler zu seyn, wenn der Nachdruck auf das Wort *existentia* statt auf *delicti* gelegt erscheint.

neueren Zeiten auch durch die Gegenüberstellung von objectivem und subjectivem Thatbestand zuweilen ausgedrückt wird, so ist dies zwar nicht sehr empfehlenswerth, wir brauchen aber deßhalb die Unterscheidung zwischen subjectivem und objectivem Thatbestand in anderm Sinn nicht aufzugeben.

Wenn übrigens der alte Satz: constare debet de corpore delicti, oder, was ursprünglich damit ganz gleichbedeutend gebraucht wurde, constare debet de delicto, damit man ad capturam oder ad torturam schreiten könne, wohl schon ziemlich früh so ausgedrückt wurde: der Thatbestand müsse hergestellt seyn, damit man diesen oder jenen Akt der Untersuchung anfangen könne, so ist klar, daß man mit Bestand der That eigentlich nicht das Wort *corpus*, sondern das Wort *constare* wiedergeben wollte, das ja auch nach seiner klassischen Bedeutung durch bestehen, feststehen, oder gewiß, bekanntseyn übersetzt werden kann und wohl im mittelalterlichen Latein nicht eben einen vollständigen Beweis sondern vielmehr eine vorläufige Bescheinigung wenigstens zuweilen andeuten sollte. Man hätte daher auch vom Anfange an weit besser gethan, wenn man, anstatt, wie es zum Theil noch jetzt geschieht, sich die ganz vergebliche Mühe zu machen, mit möglichst mathematischer Genauigkeit auszurechnen, wie viel von dem Verbrechen, welche Art von Merkmalen desselben erwiesen vorliegen müsse, um z. B. einen Verhaftsbefehl zu erlassen, Specialinquisition zu verfügen u. dgl., die Aufgabe sich so gestellt hätte, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden seyn müsse, daß ein Verbrechen begangen worden oder ein bestimmtes Individuum desselben verdächtig sey, um diesen oder jenen processualischen Schritt thun zu dürfen.

Was ich oben von constare und corpus gesagt habe, bestätigt sich auch dadurch, daß in einigen älteren deutschen Gesetzen, in welchen das Wort Thatbestand noch nicht vorkommt, jedoch von corpus delicti in Beziehung auf delicta facti permanentis et transeuntis die Rede ist, auch von dessen Constiren und klar Machen durch Einnahme des Augenscheins und Erforschung andrer Umstände der That gehandelt wird, das Bekanntseyn der That und des Thäters nebst Anderm als Bedingung der Verhaftung sich angegeben findet. Auch scheint die Erforschung des Umstandes, „ob das *delictum* selbsten wirklich begangen worden sey", darin mit „Richtigstellung des sogenannten *corpus delicti*" für gleichbedeutend genommen zu werden; und was das Constiren desselben angeht, so wird auch ausdrücklich bemerkt, es könne *per evidentiam facti vel notorietatem* geschehen[94]), was einen Zusammenhang unserer

94) In der Hessischen peinlichen Gerichtsordnung vom Jahre 1726, die in Hessen zum Theil noch Quelle des geltenden Criminalprocesses ist, heißt es Tit. IV. §. 1: „Wann beides, die That und der Thäter bekannt rc. . . . . mögen Unsre Beambte rc. . . . zur Captur schreiten. §. 2. Desgleichen auch, wann der Thäter sich selbst angäbe, jedoch, daß alsdann auf die bekannte That und das corpus delicti, falls dieses noch ungewiß wäre, gleichwohl inquirirt werde. §. 3. In delictis facti transeuntis, wo das corpus delicti durch hinlänglichen Verdacht und Indicia constituirt wird, überhaupt sowohl als wo sonsten der Thäter nicht unzweifelhaft bekannt, sondern der That halber nur erst verdächtig ist, sollen Unsre Beamten rc. . . . mit der Captur nicht zu füreilig verfahren rc." — Im Tit. III. ist, nachdem vorher von Anzeigen und gemeinem Ruf die Rede war, §. 3. verfügt: „Unsre Beamte haben sodann auf das delictum selbsten, ob es auch würklich seye begangen worden zu forschen, und dadurch das sogenannte corpus delicti, wofern dasselbe per evidentiam facti vel notorietatem nicht bald Anfangs mit constirte, richtig zu stellen. §. 4. Zu dem Ende sollen sie ferner in delictis facti permanentis den Augenschein rc. . . . einnehmen, anbei sich nach allen übrigen Umständen der That rc. . . . erkundigen rc. . . . §. 12. In delictis facti

criminalprocessualischen Lehre vom Thatbestande mit den alten Ansichten vom *crimen notorium* beurkundet, von welchem der alte Sebastian Brandt, oder wer sonst der Verfasser des richterlichen Klagspiegels gewesen seyn mag, schon vor Karl's V. peinlicher Gesetzgebung mit dem Bemerken gesprochen hat, daß er dies Wort nicht deutsch wiedergeben könne [95]). An einer andern Stelle, wo der Fall behandelt wird, wenn der Richter außergerichtlich gesehen hat, daß Einer den Andern getödtet habe, wird gesagt, es sey zwar „wahr, daß die Mannschlgcht geschehen ist", aber der Richter könne darauf doch nicht strafen, denn nur dann, wenn ihm etwas „offenbar ist als ein richter, so mag er wol procediren auff das verdammen nach seiner Gewißheyt" [96]). Man sieht wenigstens hieraus, daß im Mittelalter der Ausdruck, der Richter müsse certus esse de delicto oder es müsse constare de delicto, oft in verschiedenem Sinn genommen wurde, und aus dem

---

transeuntis, von welchen man, nachdem sie begangen worden, durch den Augenschein keine Gewißheit hat ꝛc. ... sollen Unsre Beamten ꝛc. ... sehen, ob das corpus delicti durch tüchtige und redliche Anzeigung, es seye nun durch Zeugen, Extrajudicial-Bekänntnuß des Verdächtigen oder sonsten hergestellet und ad ulterius inquirendum klar gemacht werden könne." Diese Bestimmungen sind gewiß für unsere Ansichten über die Ausbildung der Lehre von corpus delicti sehr bestätigend.

95) Im Titel quomodo crimen in modum exceptionis opponitur, Ausgabe von 1536. Bl. 116, in einer älteren Ausgabe unserer Universitätsbibliothek, die spätestens 1480 erschienen zu seyn scheint, Bl. 195. a. E. Vgl. über diese Ausgabe Adrian, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von v. Linde, Marezoll und v. Schröter. Neue Folge. Band I. Gießen 1845. S. 424. Aus dieser Ausgabe, die früher auch im Besitze Koch's war, und andern Gründen ist daselbst überzeugend dargethan, daß S. Brandt der Verfasser des Klagspiegels nicht sey.

96) Im Titel de poenis, Ausgabe von 1536. Bl. 133, von 1480. Bl. 225.

seither überhaupt Gesagten erhellt auch, daß die Bestimmung der Carolina: „wo eyn mißthatt offenlich und unzweiffenlich ist oder gemacht würde", da könne auf des Thäters Läugnen zur Folter geschritten werden, mit der criminalprocessualischen Lehre vom Thatbestand zusammenhängt [97]).

In einer neuern Ausgabe der oben berücksichtigten Hessischen peinlichen Gerichtsordnung vom Jahre 1726 [98]) ist vom Herausgeber in einer Vorbemerkung zum 3ten Titel angegeben: der Zweck der Generalinquisition bestehe hauptsächlich darin, daß auf Anzeige oder Verdacht eines verübten Verbrechens die zur Ausmittelung der Wahrheit d. h. sowohl zur Berichtigung des Thatbestands des Verbrechens als auch zur Ueberführung des Thäters dienlichen Schritte schleunigst vorgenommen werden. Bei Angabe der einzelnen Punkte, die dabei zu berücksichtigen seyen, heißt es unter Anderm: 1. „Bei delictis facti permanentis ist am Ort des vorgefallenen Verbrechens der Thatbestand zu berichtigen, sich der etwaigen corpora delicti zu versichern ꝛc. 8. „Zur Gefangennehmung des Angeschuldigten darf nur dann geschritten werden, wenn das Verbrechen ein solches ist, welches Todes= oder schwere Leibesstrafen zur Folge hat, und der Angeschuldigte der That geständig oder sonst überwiesen ist." Wir wollen nicht genauer untersuchen, was sich der Verfasser hier Alles unter dem Worte Thatbestand gedacht habe, das im Gesetz selbst gar nicht vorkommt, und ob der von ihm angenommene Gebrauch des Wortes zu klarer Einsicht in das Wesen der Sache führe. Auch wollen wir jeden Leser selbst darüber urtheilen lassen, in wiefern durch jene

97) C. C. C. art. 34.

98) Mit der Civilproceßordnung von 1724, Darmstadt 1830. S. 357 u. f.

Vorbemerkung die gesetzlichen Bestimmungen klarer gemacht werden, oder überhaupt die Aussprüche ihres Verfassers mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmend seyen. Nur dies Eine wollen wir nicht unerwähnt lassen, daß die gesetzliche Verfügung: wenn **That und Thäter bekannt** seyen, könne unter gewissen sonstigen Bedingungen die Verhaftung des Letzteren stattfinden, durch die statt derselben gebrauchten Worte: wenn **der Angeschuldigte der That überwiesen** sey, nicht nur allein nicht ihrem wahren Sinn nach wiedergegeben ist, sondern auch auf diese Weise interpretirt, zu wahrhaft widersinnigem Resultate führen würde, wie unsre ganze seitherige Deduction hinreichend darthun wird. Gleichwohl ist bei Vertheidigung von Angeschuldigten in politischen Processen unter Anführung der Worte des Commentators, statt der Worte des Gesetzes, in neuerer Zeit daraus hessischen Gerichtsbehörden ein Vorwurf gemacht, und eine solche Vertheidigungsschrift ist auch in einem neuen Werk über eine vielbesprochene Sache mit unter den Beweisstücken abgedruckt worden, durch welche die Fehler der hessischen Justizverwaltung bewiesen werden sollten! Indem ich dies im einzigen Interesse der Wahrheit im Vorübergehen bemerke, glaube ich, daß hierin selbst wieder eine dringende Anforderung an alle Pfleger der Wissenschaft liegt, ihr Möglichstes zu versuchen, um in der Lehre vom Thatbestand zu größerer Klarheit zu kommen. Gewiß hat auch v. **Jagemann** dies Bedürfniß recht lebhaft gefühlt und zu dessen Abhilfe mit verdienstlichem Eifer beigetragen. Wenn ich indessen unumwunden bekennen muß, daß ich in der Hauptsache seinen Versuch für nicht gelungen halte, so wird er mir selbst dies im Interesse der Wahrheit zu Gute halten. Einen andern Beweis, wie dringend es sey, sich über den Begriff von Thatbestand zu verständigen oder

wenigstens vorläufig die dabei obwaltenden Schwierigkeiten recht klar vor Augen zu stellen, liefert der neueste Aufsatz von Mittermaier über den Indicienbeweis [99]), mit dem jener Begriff so genau zusammenhängt, wie dies auch schon der Hinblick auf den letztangeführten Artikel der Carolina zeigt. Wenn hierbei die frühere von der zweiten Kammer in Baden angenommene Redaction eines Artikels der Strafproceßordnung, wonach die Gewißheit auf Indicien nur dann gebaut werden sollte, wenn die That selbst oder ein äußerer Erfolg derselben durch unmittelbare Beweismittel allein oder in Verbindung mit übereinstimmenden Anzeigungen dargethan sey, mißbilligt wird, weil der Ausdruck That oder ein äußerer Erfolg irre leite, so will ich dies nicht in Abrede stellen. Wenn dagegen der von der ersten Kammer vorgeschlagenen Redaction, wonach der Thatbestand wenigstens theilweise durch unmittelbare Beweismittel hergestellt seyn sollte, der Vorzug gegeben wird, so kann ich diesen Vorzug nicht anerkennen [100]). Ich kann auch nicht den dafür angeführten Grund zugeben, daß die That, worunter der Entwurf wohl die Hauptthatsachen verstehe, in vielen Fällen nicht hergestellt und dennoch der Thatbestand, welcher technische Ausdruck richtig bezeichne, was man fordere, erwiesen seyn könne. Daß der technische Ausdruck Thatbestand richtig bezeichne was man fordere, davon zeigt unsere ganze seitherige Darstellung das Gegentheil, eben weil er ein unbe-

---

99) Archiv des Criminalrechts 1844. S. 570. u. f. vgl. noch S. 274. u. f., besonders S. 571. und 572.

100) Die zum Gesetz gewordene Redaction lautet §. 261. also: „Wenn der Thatbestand durch unmittelbare Beweismittel allein oder in Verbindung mit übereinstimmenden Anzeigungen hergestellt ist.“

stimmter im Criminalrecht wie im Criminalproceß in unendlich verschiedenem Sinn angewandter ist. Soll man etwa bei Anwendung obigen Artikels, der den Thatbestand wenigstens theilweise (?) hergestellt (?) wissen will, denjenigen Begriff von Thatbestand zu Grunde legen, wonach er Inbegriff aller Merkmale des Verbrechens seyn soll? oder denjenigen, wonach er nur den Inbegriff der äußeren oder objectiven Merkmale bezeichnen soll? oder denjenigen, wonach noch enger selbst nur der Inbegriff dessen darunter verstanden wird, was zur besondern den Begriff einer bestimmten Art von Verbrechen bildenden Handlung gehört, wie bei Feuerbach? oder soll uns am Ende dabei die eigenthümliche Ansicht v. Jagemann's zurecht helfen, nach welchem der einzelne Thatbestand den Criminalrichter bei der Untersuchung vorzugsweise beschäftigen soll? — In welchen von diesen verschiedenen meistens dem Criminalrechte angehörigen Bedeutungen man auch immer das Wort Thatbestand zu Grunde legen wolle, um zu zeigen was denn eigentlich durch unmittelbare Beweismittel hergestellt seyn müsse, damit man zur Ueberführung durch Indicien schreiten dürfe, immer wird man auf Abwege kommen, und am Ende die Unbestimmtheit des Gesetzes beklagen müssen, welches einen so wichtigen Schritt vom Beweise des Thatbestandes hat abhängig machen wollen. Oder wird man besser daran thun, den im Criminalprocesse oft vorzugsweise gebrauchten Begriff von Thatbestand bei Anwendung obigen Artikels zu Hilfe zu rufen, wonach man darunter die aus dem Verbrechen übrig gebliebenen sinnlich erkennbaren Spuren der That, oder die Nebenumstände der That, woraus auf ihre Begehung geschlossen werden kann, versteht, oder soll am Ende

der, wie oben gezeigt wurde, oft angenommene Begriff von Thatbestand aus der Verlegenheit retten, wonach man im Gegensatz von Thäterschaft die That an sich, das Verbrechen abgesehen vom Verbrecher darunter versteht? — Hiermit aber würden wir gerade wieder auf dasselbe kommen, was die zweite Kammer der badischen Landstände der von der ersten Kammer angenommenen Redaction des fraglichen Artikels vorziehen zu müssen glaubte!

Soll ich die Resultate meiner seitherigen Erörterungen und Betrachtungen kurz zusammenfassen, so muß ich es aussprechen, daß der Satz: der Thatbestand des Verbrechens müsse erst hergestellt seyn, um entweder Jemanden überhaupt bestrafen oder verurtheilen oder auf diese und jene Weise verurtheilen, oder diesen oder jenen Akt des Verfahrens gegen ihn vornehmen zu können, immer zu Irrthümern führen wird, man möge nun bei dem Herstellen, wie im Mittelalter, nur an eine bestimmte Beweisart, namentlich den Augenschein denken, oder man möge sich unter dem was eigentlich hergestellt werden soll einen bestimmten Theil des Verbrechens, gewisse Merkmale desselben vorstellen. Der Satz bleibt aber in einem gewissen Sinne richtig, indem, man möge nun Jemand verurtheilen oder gegen Jemand irgend einen Akt der Untersuchung unternehmen wollen, immer das Verbrechen selbst und zwar in seiner Beziehung zu einem bestimmten Verbrechen in gewissem Sinne hergestellt, d. h. als wahrscheinlich oder als gewiß in der Ueberzeugung des Richters sich herausstellen muß. Um die verschiedenen Grade der Wahrscheinlichkeit bestimmen zu können, welche zu ver-

schiedenen gradweise sich folgenden Handlungen der Untersuchung berechtigen sollen, dazu kann auch die sorgfältigste Zergliederung aller einzelnen Merkmale des Verbrechens nicht im mindesten helfen, wohl aber eine sorgfältige Zergliederung der psychologischen, vielleicht selbst mathematischen Momente führen, auf welchen die Theorie der Wahrscheinlichkeit beruht. Ich darf, um diese Idee weiter auszuführen, ohne diesen Aufsatz über Gebühr auszudehnen, nichts weiter beifügen, aber ich hoffe bei einer andern Gelegenheit darauf zurückkommen zu können.

XVII.

Ueber die Strafbarkeit des Duells nach der französischen Gesetzgebung.

Von

Hrn. Generalprocurator u. Ober-Appell.-Rath **Molitor**

in München.

Die strafrechtliche Behandlung des Duells gehört zu den interessantesten und schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung. Oeffentliche Ordnung, Moral, Religion, stellen an dieselbe die dringendste Aufforderung, einen Privatkrieg im Staate nicht zu dulden, einen Unfug, welcher das Leben und die Gesundheit der Unterthanen dem Leichtsinne, der Bosheit eines jeden Raufboldes Preis giebt; ihr ziemt es nicht, sich vor dem Vorurtheile zu beugen, sie müßte denn auch den Corsen unbestraft lassen, welcher der Sitte seines Landes, dem dort geltenden Ehrenpunkte gemäß, die seinem Verwandten angethane Unbill mit dem Messer rächt. Auf der andern Seite fällt es schwer, die Strenge der Gesetze gegen den in Anwendung zu bringen, welcher durch einen, oft durch das vorsichtigste Betragen nicht abzuwendenden Angriff auf seine theuersten Güter, auf seine und der Seinigen Ehre, nach der einmal bestehenden Ansicht in die Alternative gesetzt ist zwischen der Verletzung des Gesetzes und der Entehrung. Treffend bemerkte deshalb

der französische Justizminister bei der Verletzung des Gesetzentwurfs über das Duell von 1829:

> Toute lutte entre les loix et les moeurs est périlleuse pour les loix, car les moeurs sont aussi des loix et des loix vivantes et agissantes. Un préjugé peut être criminel, mais la loi qui punit un préjugé comme un crime est nécessairement sans force, tant que le préjugé conserve son empire. Il est donc à craindre qu'on ne fasse que constater l'impuissance de la loi en sevissant contre le duel.

Hierdurch erklärt sich die große Verschiedenheit der Gesetzgebungen und der Rechtsprechung über diese Materie von der Anwendung der Todesstrafe und Vermögensconfiscation gegen jeden Duellanten bis zur gänzlichen Straflosigkeit aller im Duell vorgefallenen Tödtungen und Verwundungen.

Diese Gegensätze zeigen sich am auffallendsten in Frankreich.

Hier, wie bei allen Völkern germanischer Gesittung, nahm das moderne Duell seinen Ursprung im Ritterwesen und vor allem im gerichtlichen Zweikampfe. Diesen suchte zuerst Ludwig VII. zu beschränken. Er sollte nur zugelassen werden, wenn die streitige Schuld 5 Sols betrug. Ludwig IX. erließ das erste Verbot der gerichtlichen Zweikämpfe, doch wurden sie öfters von späteren Königen für besondere Fälle noch erlaubt; der Kampf fand alsdann meist in des Königs Gegenwart statt. Namentlich kommt solches unter Philipp dem Schönen vor. Heinrich II. stellte diese Ermächtigungen ab, nachdem sein Liebling Chataigneraie in einem von ihm erlaubten Duell von Jarnac getödtet worden. Der Adel ließ sich aber durch die strengsten Verbote nicht abhalten eine Sitte zu üben,

die er zu seinen Vorrechten zählte. Vergebens trat diesem Widerstande eine Verordnung des Parlaments zu Paris von 1599 unter Heinrich IV. entgegen, worin die Duellanten als Majestätsbeleidiger mit Todesstrafe und Vermögensconfiscation bedroht wurden,

> comme transgresseurs des commandemens de dieu, rebelles au roi, infracteurs des ordonnances, violateurs de la justice, perturbateurs du repos et tranquillité publique.

Ein königliches Edikt von 1602 bestätigte und verschärfte diese Verordnung. Durch das Edikt von 1609 (art. 5.) wurde jedoch wieder gestattet, den König um Ermächtigung des Zweikampfs wegen besonders gewichtiger Veranlassungen einzugehen. In Ermangelung solcher Ermächtigung sollten (art. 13—16.) Duellanten und Sekundanten, wenn eine Tödtung erfolgte, mit der Todesstrafe belegt werden; wenn beide Gegner geblieben, sollte den Leichen das ehrliche Begräbniß versagt und der dritte Theil ihres Vermögens wohlthätigen Zwecken zugewiesen werden.

Die Zahl der unter dieser Regierung im Zweikampfe Getödteten wird zu 7 bis 8000 angegeben. Es war nicht ungewöhnlich, daß neben den Duellanten mehrere Secundanten von beiden Seiten am Kampfe Theil nahmen. Jener Zahl gegenüber steht die der königlichen Begnadigungsdecrete zu 7000. Ein strenges Edikt erging unter Ludwig XIII. 1623. Es setzte die Todesstrafe schon auf die bloße Herausforderung, und dehnte diese Strafen auf Zeugen und Cartelträger (selbst Bedienten) aus. Solche Strenge konnte natürlich nicht vollzogen werden, allgemeine Amnestieen und ein milderes Edikt (1626) waren die Folge.

Die bis zur Revolution bestandene Gesetzgebung über das Duell rührt von Ludwig XIV. her, unter dessen acht-

jähriger Minderjährigkeit wieder 4000 Menschen im Zweikampfe geblieben seyn sollen. Die Edikte von 1651 und 1679 und mehrere königliche Declarationen enthalten umfassende Bestimmungen über den fraglichen Gegenstand. Es wird darin den maréchaux de France und den Gouverneuren der Provinzen zur strengen Pflicht gemacht, die Duelle möglichst zu verhindern, besonders durch Ehrengerichte; die Herausforderung und die Annahme derselben wurden mit zweijähriger Gefängnißstrafe und mit Geldstrafen bedroht. Gegen das vollzogene Duell, selbst wenn keine Verwundung erfolgt war, wird die Todesstrafe und Vermögensconfiscation verhängt, auch die Sekundanten sollten zur Todesstrafe verurtheilt werden, die Cartelträger zur Peitschen- oder Galeerenstrafe, Zeugen zum Verlust ihrer Aemter und Confiscation des vierten Theils ihres Vermögens.

Ludwig XV. gelobte bei seiner Krönung, keinen Duellanten zu begnadigen, und erneuerte durch Edikt von 1723 die gesetzlichen Bestimmungen.

Das von der Nationalversammlung am 25. September 1791 decretirte, am 6. October sanctionirte Strafgesetzbuch, welches alle bestehenden Strafgesetze aufhob, erwähnte dieser Materie mit keinem Worte, und gleiches Stillschweigen beobachten die späteren Strafgesetze der Jahre IV und VIII der Republik, so wie das Gesetzbuch von 1810. Dieses Stillschweigen wurde von einem Theile der französischen Gerichte (von zehn Appellationsgerichtshöfen) so verstanden, daß das Duell aufgehört habe, als eigenthümliches Verbrechen bestraft zu werden, daß aber die in demseben vorgefallenen Tödtungen und Körperverletzungen dem gemeinen Strafrechte anheim fallen. Mehrere andere Gerichtshöfe nahmen dagegen an, das Duell, — welches auch sein Erfolg gewesen, — sey überhaupt nicht mehr zu bestrafen. Dieser Meinung hul-

digte der Cassationshof in eilf Urtheilen bis zum Jahre 1836, während der Cassationshof zu Brüssel sich schon in einem Urtheile vom 3. Juli 1817 [1]) jener ersten Ansicht zugewendet hatte. Dem beharrlichen Ankämpfen des Generalprocurators Dupin ist es wohl vorzüglich zu verdanken, daß auch der französische oberste Gerichtshof endlich seine bisherige Jurisprudenz verließ. Zuerst geschah dieses von einem der Civilsenate (der Section des requêtes) [2]); durch eine erschöpfende Darstellung Dupin's wurde bald darauf auch dem Criminalsenate [3]) der Anstoß gegeben, das gemeine Strafrecht auf die im Duelle verübten Tödtungen und Verwundungen für anwendbar zu erklären. Seitdem ist der Gerichtshof dieser Ansicht in einer Reihe von Urtheilen, wovon mehrere in pleno (chambres réunies) erlassen sind, treu geblieben. Das neueste ist am 4. Januar 1845 in diesem Sinne ergangen [4]).

Bis jetzt hat diese neue Jurisprudenz in Frankreich nicht allgemeinen Eingang gefunden, mehrere ausgezeichnete Gerichtshöfe (Colmar, Paris, Orleans, Bourges, Rennes, Poitiers) beharren auf dem System der Straflosigkeit [5]). Es steht übrigens zu erwarten, daß der Cassationshof bei dem seinigen feststehen werde, und dann müssen die übrigen Gerichte wohl am Ende sich fügen, womit indessen noch nicht alles gewonnen ist; denn nach Dupin's Bemerkung in der Verhandlung vom 4. Januar 1845 haben die Jurys bis jetzt die Angeklagten gewöhn-

1) Sirey Jurisprudence Th. 35. Abth. I. S. 125.

2) Sirey 36. I. 732.

3) Urtheil vom 22. Juni 1837. Sirey 37. I. 478.

4) Gazette des tribunaux vom 5. Januar.

5) In gleichem Sinne sprechen sich Chauveau und Faustin, *Théorie* du Code pénal, sehr umständlich aus, Th. III. S. 80—102.

lich für nicht schuldig erklärt, und es wird in Frankreich ohne Zweifel die Nothwendigkeit erkannt werden, den Gegenstand endlich durch eigene, den besonderen Verhältnissen der Sache entsprechende legislative Bestimmungen zu ordnen, wie es in den neueren Strafgesetzbüchern Deutschlands geschehen ist.

Die Gerichte der bayerischen Rheinprovinz waren bisher ebenfalls der frühern Jurisprudenz des französischen Cassationshofes zugethan, der Cassationshof in München hat sich aber für die Anwendung des gemeinen Strafrechtes entschieden. Da diese Materie zu den wichtigeren Fragen des Tages gehört, so dürfte es die Leser dieser Zeitschrift interessiren, die Erörterungen kennen zu lernen, welche derselben hier zu Theil geworden sind. Wir theilen deshalb nachfolgend den an den Gerichtshof im Interesse des Gesetzes gestellten Antrag der Staatsbehörde mit.

Der Staatsprocurator am K. Bezirksgericht zu Landau erhielt von der Gendarmerie die Anzeige, daß zwischen dem Rechtscandidaten U. von Z. und dem Kaufmann E. von L. in dem Hause des Letztern ein Duell statt gefunden habe, wobei beide verwundet worden seyen. Der Staatsprocurator stellte hierauf bei dem Untersuchungsrichter den Antrag, zur gesetzlichen Untersuchung der Sache mittelst Vernehmung der Zeugen und Beschuldigten und Erhebung eines ärztlichen Fundscheines zu schreiten. Auf den Vortrag des Untersuchungsrichters verordnete jedoch das Bezirksgericht zu B. durch Beschluß der Rathskammer, daß in dieser Sache kein Verfahren statt finden solle, weil es sich notorisch von einem zwischen den beiden Beschuldigten statt gehabten Duell nach den dabei üblichen Formen handle, was auch von der Staatsbehörde in ihrem Antrage selbst zugegeben werde, gegen Duelle aber in der

Pfalz keine Strafbestimmungen bestehen und es gegen den obersten Grundsatz jeder Strafgesetzgebung, und gegen die positive Bestimmung des Art. 4. des Strafgesetzbuches verstoßen würde, Analogieen in Strafsachen anzuwenden.

Die gegen diesen Beschluß von Seiten der Staatsbehörde eingelegte Opposition wurde durch Urtheil der Anklagekammer des Appellationsgerichts verworfen, indem ebenfalls von der Ansicht ausgegangen wurde, daß die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Tödtung und Körperverletzung auf das Duell keine Anwendung finden, durch den Beschluß des Bezirksgerichtes aber dargethan sey, daß es sich in dem vorliegenden Falle notorisch von einem Duelle nach üblichen Formen handle und demnach in der erwähnten Lage der Gesetzgebung, so wie der thatsächlichen Verhältnisse von einer gerichtlichen Einschreitung ein strafrechtliches Resultat nicht zu erwarten sey. Die Wichtigkeit der hier vorliegenden Rechtsfragen, welche in Frankreich allerdings längere Zeit in dem Sinne der angeführten Entscheidungen des K. Bezirksgerichts zu Landau und des K. Appellationsgerichts beantwortet wurde, in neuerer Zeit jedoch dort eine der öffentlichen Ordnung und den Grundsätzen der Moralität entsprechendere Lösung erhalten hat, — veranlaßt den Verfasser die Entscheidung des K. Cassationshofes hierüber hervorzurufen.

Betrachtet man die Bestimmungen des in der Pfalz bestehenden Strafgesetzbuches über freiwillige Tödtung und Körperverletzung, Art. 295. 296. 309—311. an sich, so bieten sie keinen Anhaltspunkt für die Behauptung dar, daß eine freiwillige Tödtung oder Körperverletzung den auf diese Verbrechen und Vergehen verhängten Strafen alsdann entzogen werden sollte, wenn sie in einem Duell statt gefunden haben. Das Gesetz verfügt vielmehr in ganz allgemeiner Fassung, es führt insbesondere in den §§. *II* und III. der dritten Section des betreffenden Kapi-

tels unter den Gründen, aus welchen Tödtungen und Verwundungen milder oder gar nicht gestraft werden sollen, das Duell nicht auf die analoge Ausdehnung jener Bestimmungen auf einen im Gesetz nicht ausdrücklich bezeichneten Fall, ist aber durch den Art. 65. positiv untersagt. Ein allgemeiner Grund der Straflosigkeit der im Duell begangenen Verbrechen und Vergehen dieser Klassen, welcher bei dem Stillschweigen des Gesetzes jene Theorie zu rechtfertigen vermöchte, kann nicht aufgefunden werden. Insbesondere bietet die eigenthümliche Natur der im Duell vorgenommenen Handlungen, — die Einwilligung, der Vertrag, welche demselben zu Grunde liegen, einen solchen nicht dar; denn das Leben des Menschen, seine körperliche Integrität sind unveräußerliche Güter, Rechte höherer Art, welche über dem Standpunkte des Rechts stehen, und bei welchen sich ein Rechtsbesitz, eine von der Persönlichkeit trennbare Eigenschaft, eine Veräußerung wie beim Eigenthum und bei Vertragsrechten überhaupt nicht denken läßt. Ein Vertrag, welcher dieselben gefährdet, ist schon nach den Grundsätzen des Civilrechts, als gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten laufend, nichtig. (Art. 6. des Civilgesetzbuchs.) Die Anhänger jener Lehre [6]) stellen es daher vergebens in Abrede, der französische Cassationshof hat sich vielmehr zu jeder Zeit dafür ausgesprochen, daß derjenige, welcher auf das ausdrückliche Begehren eines Menschen denselben tödtet, darum nicht weniger dem allgemeinen Strafgesetze verfallen ist, weil das Gesetz (Art. 327.) Tödtung und Körperverletzung nur in dem Falle für straflos erklärt, wenn sie gesetzlich befohlen oder von der zuständigen Obrigkeit angeordnet sind [7]). Von dem

---

6) Vorzüglich **Chauveau et Faustin** l. c. III. 75—80.

7) Urtheile vom 10. November 1827 und 23. Juni 1838. — Der Satz: **volenti non fit injuria**, in seiner Anwendung auf die Tödtung eines Menschen, welcher den Tod verlangt, ist auch

Falle der Nothwehr, in welchem jede Strafe hinwegfällt (Art. 328.), kann hier ebenfalls nicht die Rede seyn, wo der Beschuldigte sich aus freiem Antriebe dem Angriff seines Gegners entgegengestellt hat. Endlich straft das Gesetz selbst unfreiwillige Tödtungen und Körperverletzungen (Art. 319. 320.), sofern dem Urheber derselben Ungeschicklichkeit rc. zur Last fällt; und der Duellant sollte überall straflos bleiben, selbst wenn er mit dem bestimmtesten Vorsatze, seinen Gegner zu tödten, in den Kampf getreten ist, und seinen Zweck in Folge der im Gebrauch seiner Waffe erworbenen Sicherheit erreicht, selbst wenn er das Duell muthwillig und boßhaft veranlaßt hat!

Das Appellationsgericht findet einen Grund gegen die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf eine im Duell vorgefallene Tödtung oder Verwundung in der Betrachtung: daß nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Complicität (Art. 59.) bei einem Duelle, wel-

---

von deutschen Criminalisten scharfsinnig vertheidiget worden, am ausführlichsten von Stübel, Neues Archiv des Cr. R. IX. 551. Diese Ansicht hat aber entschiedenen Widerspruch gefunden. Abegg, Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen, in den Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafr.-Wissenschaft S. 62—72. Gravere, an injuria volenti facta sit coërcenda? Vgl. Hepp, über den Rechtssatz: Volenti non fit injuria, im neuen Archiv XI. 65. u f. Feuerbach ist bekanntlich ebenfalls zu den Gegnern derselben übergetreten, Lehrbuch 12te Ausg. §. 35. Note 6, und es hat nicht den Anschein als ob sie bei den neuesten Rechtsgelehrten das Uebergewicht erhalten sollte. S. Marezoll Crim. R. §. 23. Heffter Crim. R. §. 38. und 230. Sie hat, wie Hepp a. a. O. S. 90. bemerkt, das natürliche Gefühl von Recht und Unrecht und die Stimme des gesunden Menschenverstandes gegen sich. Jedenfalls kann aber der Unglückliche, welcher die Beendigung eines qualvollen hoffnungslosen Daseyns von dem Freunde begehrt, Duellanten nicht gleichgestellt werden, der sich zwar der Waffe des Feindes entgegenstellt, aber darum weit entfernt ist, den Tod zu wünschen, der vielmehr bemüht ist, die Gefahr von sich ab und auf den Gegner zu wenden. Selbst die dort geltend zu machenden Strafmilderungsgründe finden daher hier keine Anwendung.

ches eine Tödtung zur Folge hatte, gegen jeden der dabei mehr oder minder behilflich gewesen, z. B. der die Waffen herbeigeschafft, die Pistolen geladen hat, die in den Art. 302. oder 304. vorgesehene Strafe verhängt werden müßte, daß eben so die Bestimmungen des Gesetzbuches über Versuch (Art. 2.) hierher nicht passen würden (Art. 2.) Diesem Bedenken sind anderwärts [8]) noch weitere hinzugefügt, z. B. daß selbst derjenige, welcher im Duell verwundet worden, wegen Versuchs der Tödtung oder Verwundung bestraft werden müßte, u. dgl.

Alle diese Betrachtungen führen aber keineswegs dahin, daß für den Gesetzgeber überwiegender Grund vorliege, die im Duell begangene Tödtung oder Körperverletzung straflos zu lassen. Allerdings bieten jene Rücksichten, so wie die eigenthümliche Lage, in welcher die meisten Duellanten der öffentlichen Meinung und den einmal bestehenden Vorurtheilen gegenüber sich befinden, erhebliche Motive dar, diese Materie von dem gemeinen Strafrechte abweichend zu behandeln, wie dieses auch in den meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten geschehen ist. (Straflosigkeit, wie sie im französischen Strafrechte bestehen soll, spricht keine derselben aus.) Dem französischen Gesetzgeber lag es insbesondere nahe, diese Klasse von Handlungen unter die Fälle gemilderter Strafbarkeit (§. 11.), der Provocation rc. zu rechnen. Der Gesetzgeber konnte aber eben so gut in dieser, einer sehr verschiedenen Würdigung fähigen Materie Gründe für eine strengere Behandlung der Duelle finden, wie denn in Frankreich vor dem Strafgesetz vom 6. October 1791 durch die Edikte Ludwigs XIV. gegen jeden Duellanten, selbst wenn keine Verwundung erfolgt war, die Todesstrafe und Vermögensconfiscation, gegen die Secundanten ebenfalls die Todes-

---

8) S. Chauveau-Faustin l. c. p. 95.

strafe, gegen die Cartelträger Peitschen- und Galeerenstrafe verhängt war [9]). Der Gesetzgeber konnte endlich, — und dies ist nicht nur in dem französischen Strafgesetzbuch sondern auch in dem bayerischen [10]) geschehen, — von einer besondern Behandlung der Materie abstrahiren und dieselbe dem gemeinen Strafrechte anheimstellen, wo dann die Qualification der einzelnen Handlungen der Duellanten sowohl als anderer bei dem Duell thätigen Personen [11])

---

9) Merlin Repertoire, verbo: *Duel.*

10) Der Stand der Sache ist beinahe derselbe in Bayern, wie in Frankreich. Das Duellmandat vom 28. Februar 1779 verpönt die Herausforderung (Art. 3.) mit Geld- und Gefängnißstrafe; ist ein Duell erfolgt, „so ist unser ausdrücklicher Wille", sagt Art. 6, „daß wenn schon auch in den vorgenommenen Duellen keiner todt bleiben, noch verwundet werden sollte, dennoch alle wirklichen Duellanten ..... ohne einiges Absehen der Personen, durch einen summarischen Proceß, ohne einige Weitläufigkeit, zum Tode verurtheilt, und solche Urtheile, wenn es einer von der Ritterschaft, oder hoher Offizier, mit dem Schwert, sonsten aber bei allen andern Nichtadeligen mit dem Strang vom Leben zum Tod exequirt werden solle." Außerdem — Vermögensconfiscation. Das Strafgesetzbuch von 1813 erwähnt des Duells nicht; im §. 9. der Einleitung (Anmerk. Bd. I. S. 26.) wird diese Materie zu denjenigen gezählt, welche den besonderen Gesetzen, Mandaten und Verordnungen überlassen bleiben, sofern nicht eine solche Handlung sich ohnehin nach den allgemeinen oder besonderen Bestimmungen des Gesetzbuchs zu einem Verbrechen oder Vergehen eignet. Das Fortbestehen des Mandats ist auch in einem königlichen Rescripte vom 12. April 1814 ausdrücklich anerkannt. Die wörtliche Anwendung des §. 9. der Einleitung würde zu dem sonderbaren Resultate führen, daß ein Duell, bei welchem keine Verletzung erfolgt, den strengen Bestimmungen des Mandats anheim fiele, während im entgegengesetzten Falle die milderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches eintreten würden. Die Praxis hat sich, wie wohl zu erwarten stand, diese Subtilität nicht angeeignet. Vgl. übrigens Cucumus über Duelle. 1821. Braunmühl über Zweikampf. 1826. Samhuber Beleuchtung der bayerschen Ges. über Duell. 1829.

11) Vgl. insbesondere über die Bestrafung der Secundanten: Seuffert gesammelte Abhandl. VI. S. 127—156. Hier ist *klar entwickelt*, daß nach allgemeinen Grundsätzen Secundanten *nicht* zu strafen sind, sofern sie nicht durch Aufreizung der

und die Würdigung jedes Falles nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit den Richtern oder Geschwornen überlassen blieb und sowohl bei dem Schulderkenntnisse als bei der Zumessung der Strafe die geeignete Berücksichtigung erhalten muß.

Von dem rechtshistorischen Standpunkte ausgegangen stellt sich die von dem K. Appellationsgerichte vertheidigte Meinung eben so unhaltbar, als aus dem obigen dogmatischen dar.

Bei der Abfassung des Strafgesetzbuches von 1791 fand die Nationalversammlung die bereits oben angeführten höchst strengen Particulargesetze über das Duell vor. Dieselben hatten nicht den Gesichtspunkt von Privatverletzungen zur Grundlage, sondern das Duell wurde als Majestätsbeleidigung, als Landfriedensbruch, betrachtet, wie noch heute in England. (**Blackstone**, lib. IV. cap. 11.).

> Notre autorité royale est grandement offensée par de tels actes, se présumant un particulier sans notre permission de donner camp pour le combat dans notre royaume et de se faire la justice lui-même,

sagt die Einleitung zu dem Edicte Ludwigs XIV. von 1651.

Duellanten, oder durch Verhinderung der Versöhnung besondere Schuld begangen haben. Der Minister **Pasquier** sprach sich bei der Vorlegung des Gesetzentwurfs 1829 in gleichem Sinne aus: Leur intervention est toute pacifique, toute l'intérêt du bon ordre et des moeurs; si une réconciliation peut s'opérer, ce sont eux qui la préparent, si elle est impossible ils veillent du moins à ce que la loyauté préside au combat, et à ce qu'il ne se prolonge pas d'une manière barbare. Eben so hat der Cassationshof in dem neusten Urtheile vom 4. Januar 1845 zu Gunsten der mitangeklagten Secundanten entschieden. Ausführliche Erörterungen über diese Frage giebt **Mittermaier** im Neuen Archive des Crim. Rechts IV, 643. und VIII, 468.

Das neue Gesetzbuch beobachtete nun völliges Stillschweigen über das Duell, spricht aber Tit. II. Sect. 1. art. 7. in der allgemeinsten Fassung den Grundsatz aus: daß „außer den art. 3 — 6. bezeichneten Fällen (einer gesetzlich gebotenen oder von der zuständigen Obrigkeit gebotenen oder in rechtmäßiger Nothwehr begangenen Tödtung) — jede freiwillige Tödtung eines Menschen, mit welchen Waffen oder Instrumenten, oder durch welche Mittel sie verübt worden seyn möge, den nachfolgenden Bestimmungen gemäß, je nach der besondern Beschaffenheit des Verbrechens, bestraft werden soll." Der art. 18. erklärt die Bestimmungen der art. 1 — 6. über unfreiwillige, gesetzliche und rechtmäßige Tödtung auch auf Verwundungen anwendbar, nun bestimmen sodann die Strafen der übrigen freiwilligen Verwundungen art. 20 — 27, ebenfalls ohne des Duells zu erwähnen. Es dürfte schwer seyn, in dieser Fassung des Gesetzbuchs von 1791 die Intention nachzuweisen, daß die unter jene Ausnahme nicht fallende in einem Duell vorgekommene Tödtung oder Verwundung straflos seyn soll. Alles, was aus dem Stillschweigen des Gesetzbuchs und aus der am Ende desselben ausgesprochenen Abrogation der älteren Strafgesetze zu entnehmen ist, besteht vielmehr darin: daß das Duell nicht mehr als ein besonders verpöntes öffentliches Verbrechen (Attentat contre la chose publique) behandelt werden wollte. Von dem die Nationalversammlung beherrschenden Geiste, der Gleichheit, der Bekämpfung alter Vorrechte und Vorurtheile, läßt sich am wenigsten erwarten, daß sie solche Nachsicht, bis zu der in keiner andern Gesetzgebung statuirten Straflosigkeit, einer Klasse von Handlungen gegenüber beabsichtiget habe, welche hauptsächlich in den Sitten und Vorzügen der höheren Stände ihre Entschuldigung suchten.

Wie jenes Stillschweigen gemeint war, geht vielmehr daraus hervor, daß schon früher ein von Lanjuinais

am 27. April 1791 gestellter Antrag, auf Erlassung einiger allgemeinen Bestimmungen über das Duell, in der Conferenz der Ausschüsse aus dem Grunde beseitigt wurde: „weil die Erlassung eines besondern Gesetzes über diese Materie ungeeignet sey, indem die öffentlichen Zustände sich geändert haben, das Duell an sich ohne Rücksicht auf seine Resultate nicht mehr denselben Charakter haben könne wie ehemals, daß mit einem Worte das allgemeine Strafrecht, wie man es im Gesetzbuche aufzustellen im Begriff sey, hinreichen würde, die Person und das Leben der Staatsbürger zu beschützen." [12]) In gleichem Sinne wurde das Gesetzbuch von dem französischen Justizminister in einem im Jahr IX erlassenen Gutachten interpretirt [13]). Vergebens wird hiergegen der, am 29. Messidor II, erfolgte Beschluß des Nationalconvents geltend gemacht, durch welchen die Frage: „ob die Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuches Sect. 4. art. 11. auf die von einer untergeordneten Militärperson an ihren Vorgesetzten ergangene Herausforderung in dem Falle auszudehnen seyen, wenn solche mit dem Dienste keinen Zusammenhang haben", — verneint, zugleich aber eine weitere Erörterung über die Mittel, wie die Duelle verhindert werden könnten, und über die auf das Duell und die Herausforderung zu verhängenden Strafen dem Gesetzgebungsausschusse aufgetragen wurde. Offenbar beschäftigte sich der Convent hier mit einem speciellen, die militärischen Verhältnisse zunächst betreffenden Gegenstande. Jene weitere Erörterung über die strafrechtliche Behandlung des Duells im Allgemeinen war aber zweckmäßig, auch wenn von der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs von 1791 ausgegangen wurde, in sofern diese zur Verhinde-

---

12) S. Dupin, Sirey, Th. 37. I. p. 489.

13) *Fleurigeon* Recueil admin. Th. V. p. 290.

rung der Duelle nicht wirksam genug erschien; wie denn insbesondere eine bloße Herausforderung unter keine Bestimmung des Gesetzbuchs subsumirt werden kann. Da die Verweisung an den Gesetzgebungsausschuß keinen Erfolg hatte, so muß wohl angenommen werden, daß das bestehende Gesetz von diesem für ausreichend erachtet worden sey. Bei der Discussion des Gesetzbuch's von 1810 im Staatsrathe wurde das Duell nicht erwähnt, die meisten hierher einschlagenden Bestimmungen des Entwurfes, namentlich die art. 245—249. 261. 263—268. (jetzt art. 295. 296. 297. 309. 310. 311. 327. 328. des Gesetzbuches) wurden ohne alle Discussion angenommen; indessen zeigt eine Erörterung, zu welcher der art. 251. des Entwurfes (art. 221. des Gesetzbuches) Anlaß gab, — wonach Tödtung und Körperverletzung milder bestraft werden sollen, (crimes et délits excusables,) wenn sie durch Mißhandlungen provocirt worden, — wie wenig es in der Intention des Staatsrathes lag, den herrschenden Ansichten über den Ehrenpunkt im Strafrechte zu huldigen. Es wurde nämlich die Motion: auch eine Ehrenkränkung als fait d'excuse zuzulassen, durch die Betrachtung beseitigt: daß eine solche Kränkung der Provocation durch körperliche Mißhandlungen nicht gleichgestellt werden könne, daß dem Beleidigten nicht zustehe, sich selbst Satisfaction zu verschaffen, daß das Recht zu strafen allein dem Staate zustehe, daß es allen Grundsätzen widerstreiten würde, wenn man dem Beleidigten erlaubte, sich selbst zum Richter in seiner Sache zu machen:

> Les tribunaux lui sont ouverts; c'est là qu'il doit demander la réparation qui lui est due. Enfin si emporté par la gravité de l'outrage *il* s'était oublié, la clémence du prince pourrait à raison des circonstances adoucir la séve-

rité de la loi! (Locré, Legislation Tom. 30. p. 378.)

Noch weit entschiedener und expliciter ist die Erklärung, welche im Namen der Gesetzgebungscommission dem gesetzgebenden Körper von Monseignat über diesen Gegenstand vorgetragen wurde [14]). Derselbe beleuchtet die Unzulänglichkeit der Gründe, welche zu Gunsten einer milderen Behandlung der im Duell begangenen Verbrechen und Vergehen geltend gemacht werden können, und beantwortet die Frage, warum hierüber keine besonderen Bestimmungen im Gesetzentwurfe enthalten seyen, dahin:

C'est qu'il (le duel) se trouve compris dans les dispositions générales qui vous sont soumises.

Das entscheidende Gewicht dieser Erklärung kann durch die, mehrere Jahre später erfolgte Versicherung Merlin's [15]) nicht beseitigt werden: daß in den Conferenzen des Gesetzgebungsausschusses des Staatsraths mit jener Commission vom Duell keine Rede gewesen sey. Das Gesetz wurde auf den Grund jener Erklärung votirt, ohne daß von Seiten der Redner des Staatsraths ein Widerspruch erhoben worden wäre.

Man hat behauptet, das französische Gouvernement selbst habe durch die Vorlegung eines Gesetzentwurfes über das Duell, 1829 und 1830, anerkannt, daß eine Lücke in der Gesetzgebung bestehe und daß es eines besondern Gesetzes in Betreff solcher, in das gemeine Strafrecht nicht fallender Delicte bedürfe [16]). Diese Behauptung ist aber völlig ungegründet, das Gegentheil geht vielmehr aus den Motiven hervor, mit welchen der Justizminister

14) Locré l. c. p. 517—519.

15) Questions de droit. Additions T. VI. p. 189.

16) Chauveau-Faustin T. III. p. 89.

die Vorlage des Gesetzentwurfes in der Sitzung der Pairskammer vom 14. Februar 1829 begleitete [17]). Die Materie mußte auf die von dem Cassationshofe geschehene Verweisung nothwendig im Wege der Legislation regulirt werden, nachdem durch das Gesetz vom 30. Juli 1828 die frühere Behandlungsweise — mittelst authentischer Interpretation durch einen Beschluß des Gouvernements — aufgehoben war. Dieser Standpunkt, daß es sich um eine bloße Auslegung des bestehenden Rechtes nicht handle, wurde vom Minister ausdrücklich festgestellt, dabei aber die Ansicht ausgeführt, daß, wenn eine solche Auslegung in Frage stände, das gemeine Strafrecht allerdings als anwendbar erachtet werden müßte. Aus dem höhern legislativen Standpunkte wurden nun besondere Bestimmungen über die Bestrafung der im Duell vorgekommenen Körperverletzungen und Tödtungen vorgeschlagen, wonach die Jury, vor welche diese Sachen verwiesen würden, jedesmal befragt werden sollte: ob mildernde Umstände vorliegen, wo sodann der art. 326. zur Anwendung zu bringen sey. Dieser Vorschlag erklärt es, warum bei der Revision der Strafgesetzgebung im Jahre 1832 das Duell wieder mit Stillschweigen übergangen wurde. Was nämlich in jenem Entwurfe für das Duell insbesondere vorgeschlagen worden war, dehnte das Gesetz von 1832 in etwas anderer Form auf alle Verbrechen aus, und eine specielle Bestimmung dieser Art war überflüssig.

Wie schwer es fällt, das entgegengesetzte System consequent durchzuführen, zeigen die Entscheidungen des französischen Cassationshofes vom 21. September 1821 und 19. September 1822 (Dalloz Th. 28. S. 258—259), wo wegen der von dem Duellanten besonders bekundeten mörderischen Absicht und Beharrlichkeit die An-

---

17) Moniteur vom 15. Februar p. 201.

wendung des gemeinen Strafrechts ausgesprochen wurde, obschon gegen die Ordnung des Duells nicht gefehlt worden war.

Durch diese Ausführung dürfte hinlänglich nachgewiesen seyn, daß es zur Bestrafung des vorliegenden Falles, wo nach der Anzeige der Gendarmerie beiderseitige Verwundungen statt gefunden haben, nicht, wie das Bezirksgericht und das Appellationsgericht annehmen, der im Strafrechte allerdings unzulässigen, analogen Ausdehnung des Gesetzes bedarf, daß vielmehr die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Körperverletzung art. 309. 311. hier directe Anwendung finden, und daß es nur der Erforschung der nähern Beschaffenheit des Falles mittelst der vorläufigen Untersuchung bedurfte, um sodann die Sache als Vergehen an das Zuchtpolizeigericht oder als Verbrechen an das Assisengericht zu verweisen; daß das K. Appellationsgericht daher durch die Verwerfung der gegen den Beschluß des Bezirksgerichtes eingelegten Opposition jene Bestimmungen des Gesetzbuchs verlegt, und der im art. 328. aufgestellten Ausnahme eine gesetzlich nicht zulässige Ausdehnung gegeben, sonach den art. 65. verletzt hat. Am schwierigsten dürfte es endlich zu rechtfertigen seyn, daß das K. Bezirksgericht auf den Grund einer angeblichen Notorietät verordnet hat, daß in der Sache kein Verfahren statt finden soll; was vom K. Appellationsgerichte in der Eingangs angeführten Weise gebilliget wurde.

So weit führt die oben bekämpfte Theorie jedenfalls nicht, daß die Form des Duells alle bei demselben vorgefallenen Handlungen decken sollte, ohne daß es nothwendig wäre, zu untersuchen, ob keine Hinterlist, keine Verletzung der üblichen oder besonders verabredeten Regeln des Zweikampfes statt gefunden hat, in welchem Falle immerhin Strafe erfolgen muß. Dieses wurde von dem

französischen Cassationshofe auch in der früheren Epoche seiner Jurisprudenz anerkannt, so wie von allen Vertheidigern jener Theorie [18]).

Es scheint, daß auch die vorliegenden Entscheidungen dieser Ansicht huldigen, und daß unter der Bezeichnung:

das Duell habe nach den üblichen Formen statt gefunden,

eine loyale Einhaltung der desfalls angenommenen Regeln gemeint sey. Eine Untersuchung in der gesetzlichen Form durfte aber jedenfalls nicht auf den Grund der Nachrichten umgangen werden, welche die Mitglieder des Bezirksgerichtes in dieser Beziehung in ihrem Privatverkehr erhalten haben mochten, was hier auf ganz unzulässige Weise Notorietät genannt wird. Das Gesetzbuch über das Strafverfahren bezeichnet den Weg, auf welchem den Gerichten über die als Vergehen oder Verbrechen beinzichtigten Handlungen Aufklärung verschafft werden soll, und das K. Appellationsgericht hat die hier einschlagenden Bestimmungen, namentlich die art. 8. 22. 71. und folgende des Gesetzbuchs mißkannt und verletzt, indem es durch jene angebliche Notorietät als „dargethan" annahm, daß die üblichen Formen des Duells beobachtet worden seyen.

Aus diesen Gründen, und in Anwendung des art. 442. des Gesetzbuchs über das Strafverfahren, trägt der Unterzeichnete darauf an:

Es gefalle dem Gerichtshofe, das Urtheil der Anklagekammer des K. Appellationsgerichts zu Zweybrücken vom 27. November 1844 wegen der, oben näher bezeichneten Gesetzesverletzungen im Interesse des Gesetzes zu vernichten und die Eintragung des zu erlassenden Urtheils in die Register des genannten Gerichtes anzuordnen.

---

18) Arrêt vom 19. September 1821. Vgl. Carnot ad Art. 295. N. 33. Chaveau-Faustin l. c. p. 80.

Das am 29. Januar 1845 erlassene Urtheil des bayrischen Cassationshofes [19]) pflichtet der obigen Erörterung in allen Punkten bei. Das Urtheil des Appellationsgerichtes wurde sonach wegen Verletzung der Art. 295. 296. 304. 309. 310. 311. des Strafgesetzbuchs und wegen Ueberschreitung der Amtsbefugniß dieses Gerichtes, — indem es auf den Grund einer, als zulässiges Beweismittel gesetzlich nicht anerkannten angeblichen Notorietät die Anordnung einer Untersuchung im gesetzlichen Wege unterlassen, — im Interesse des Gesetzes cassirt.

19) Amts- und Intelligenz-Blatt für die Pfalz Nr. 11.

XVIII.

Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt und bestraft werden sollen.

Von
H. A. Zachariä.

Viel wichtiger als die, in der neuern Wissenschaft so vielfach besprochene und doch logisch nicht durchführbare, auch praktisch irrelevante und für eine neue Gesetzgebung nicht zu empfehlende, Unterscheidung zwischen öffentlichen und Privatverbrechen ist der Unterschied zwischen den Verbrechen oder Vergehen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt und bestraft werden sollen und denjenigen, welche auch ohne diese Voraussetzung von Staats wegen zu verfolgen und zu bestrafen sind. Die gemeinrechtliche Theorie hat sich bis jetzt mit dieser Frage fast gar nicht, oder nur ganz abgerissen bei einzelnen Verbrechen beschäftigt, und auch die neuere Gesetzgebung scheint den sich dabei aufdringenden, zum Theil nicht ganz ohne Schwierigkeiten zu lösenden, Problemen nicht die erforderliche Sorgfalt gewidmet, zum Theil bei manchen Bestimmungen zu sehr generalisirt zu haben. Auch sind bei Anwendung der neuen Gesetzgebungen schon erhebliche Zweifel entstanden, und die Richter *wissen nicht recht*, wie sie diese oder jene Frage entscheiden *sollen*, wobei man sich dann auch wohl wieder mit einer,

Alles über einen Leisten schlagenden Schlußfolgerung geholfen, oder durch ein, aus einer speciellen Bestimmung entnommenes Argumentum a contrario eine allgemeine, aber gerade in ihrer Allgemeinheit unrichtige Regel zu abstrahiren versucht hat [1]).

Die meisten Lehrbücher des deutschen Criminalrechts und Strafprozesses gehen auf die Frage gar nicht ein, obwohl sie begreiflicher Weise eben sowohl im Criminalrecht, wie im Criminalprozeß, natürlich nach verschiedenen Seiten hin, zu besprechen wäre. Eine ältere Dissertation von **J. Fr. Ziegler**, de delictis nonnisi ad laesi querelam coërcendis. Gott. 1806, ist unbedeutend und ohne wissenschaftlichen Werth. Die Abhandlung v. **Gönner's**: Soll die Untersuchung bei Verbrechen wider die veräußerlichen Privatrechte, wenn sie nicht mit gemeiner Gefahr verbunden sind, von Amts wegen oder nur auf Anzeige des Beleidigten eintreten? (im neuen Archiv des Criminalr. Bd. VII. S. 459 f.) enthält blos über die Frage, ob und wie weit Ausnahmen von der Official-Verfolgung gemacht werden sollen? eine, Wahres und Falsches unter einander mischende, Ausführung [2]),

---

1) So hat man z. B. in Betreff der praktisch wichtigen Frage, ob durch die Zurücknahme des Antrags das schon eingeleitete Criminal-Verfahren gehemmt werden könne, in **Hannover** aus der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 259. des Crim. Gesetzb. mit Unrecht gefolgert, daß es deshalb bei andern Verbrechen dieser Art anders seyn müsse. Vergl. von **Bothmer's** Erört. und Abhandl. Hft. 3. 1843. S. 222 f. und dagegen **meine** Bemerkungen in den Gött. gel. Anz. 1843. St. 118. 119.

2) So ist z. B. in dem von den Ansichten der Römer (die als Muster hingestellt werden) handelnden Theile der Abhandlung (§. 2 f.) Unrichtigkeit auf Unrichtigkeit gehäuft und der Beweis mit rein aus der Luft gegriffenen Behauptungen geführt. — Blos einige nachträgliche Bemerkungen und legislative Bedenklichkeiten rücksichtlich der v. Gönner'schen Abhandlung stellt der Aufsatz von **Spangenberg** im N. Archiv Bd. IX. S. 247 — 257. zusammen.

die sich überdies auf einem wissenschaftlich längst überwundenen und nicht gehörig begränzten Standpunkte befindet.

Die neuere und im Ganzen sehr lobenswerthe Arbeit aber von M. H. Godefroi, de iis delictis quae nonnisi ad laesorum querelam vindicantur. Amstelod. 1837. 234 S. 8. enthält zwar eine sehr ausführliche, mit holländischem Fleiße abgefaßte und mit reichem literärischen Apparat ausgestattete allgemeinere Betrachtung der Frage, deren sechs erste Kapitel sich mit einer ausführlichen Zusammenstellung und kritischen Beurtheilung des positiven Rechts verschiedener Zeiten und Völker befassen, während erst im siebenten und letzten Kapitel die Frage aufgeworfen wird: Quid de quaestione nostra ex principiis juris doctrinae sit existimandum? — Ueber die zunächst sich darbietende Seite der Frage ist der Verfasser aber nicht hinausgekommen. Er hat sich auf den Versuch einer Bestimmung derjenigen Verbrechen beschränkt, welche nur auf Anzeige des Beleidigten untersucht werden sollen, und nur mit dieser Frage beschäftigt sich auch die mit Rücksicht auf Godefroi's Schrift abgefaßte Erörterung Mittermaier's im Archiv des Criminalrechts 1838. S. 609 f., welche sich überdies blos auf dem Felde der Criminal-Politik bewegt, dabei aber die verschiedenen Gründe, auf welchen die Bestimmung des Umfangs der berührten Verbrechen beruhen soll, die Bedenklichkeiten, die einer zu großen Beschränkung der Official-Verfolgung entgegenstehen und die dabei zu nehmenden Rücksichten auf gewisse Voraussetzungen, politische Einrichtungen und sittliche Zustände des Volks mit großer Umsicht entwickelt.

Es ist auch meine Absicht nicht, hier eine vollständige Erörterung der ganzen Frage nach positiven Rechten und allgemeinen Gründen des Rechts und der Politik zu geben. Auch würde es bei einer solchen umfassenden Erörte-

rung noch darauf ankommen, welche Ausdehnung man der Sache giebt, ob man namentlich auch die Frage über die Zulässigkeit des richterlichen Einschreitens wegen Amtsverbrechen, wegen Vergehen gegen die öffentliche Autorität und gegen Regierungsrechte, wegen Bestrafung gewisser im Auslande begangener Verbrechen und andern Fälle, wo besonders in neueren Gesetzgebungen die Einleitung eines Strafverfahrens durch die Willensäußerung eines vom Richter verschiedenen Subjects (abgesehen von dem Institute der Staatsanwaltschaft und des Anklageprincips) bedingt ist, — mit in den Kreis der Erörterung zieht.

Für die Darstellung des auf unsere Frage bezüglichen Inhalts der gemeinrechtlichen Quellen bieten sich mehrerere interessante Punkte zur Erörterung dar. So ist es z. B. als ausgemacht zu betrachten, daß der Unterschied des römischen Rechts zwischen dem publicum judicium und dem extraordinarium crimen nicht (wie Gönner[3]) ganz willkührlich angenommen) in der Art mit unserer Frage zusammenfällt, daß man behaupten könnte, bei einem judicium publicum habe ohne Ausnahme jeder Bürger, beim extraordinarium crimen dagegen nur der Verletzte als Ankläger auftreten können, indem es, abgesehen von den das Recht der Anklage wenigstens zunächst auf bestimmte Personen beschränkenden Bestimmungen des römischen Rechts, die sich auf ein publicum judicium z. B. das adulterium beziehen, unläugbar meh-

---

3) Gönner im N. Archiv Bd. VII. S. 459 f. Auch E. de Hagen, Quale sit discrimen inter delicta publica etc. Gött. 1832, stellt die Sätze auf: Criminum publicorum *publica* erat accusatio (§. 12.) und Criminum extraordinariorum *privata* erat accusatio i. e. *laesis privatis* tantum permissa (§. 22.), muß aber selbst zugeben, daß er diese Behauptung nicht „certis fontium argumentis" beweisen könne. Gegen Gönner s. bes. Godefroi l. c. p. 10 seq.

vere extraordinaria crimina giebt, bei welchen das Recht der Anklage für Jeden, überhaupt Fähigen, begründet war; ein Punkt, der aber auch in den neueren verdienstlichen Untersuchungen über das extraordinarium crimen im Gegensatz zum publicum judicium nicht gehörig erörtert zu seyn scheint [4]). Dabei versteht es sich von selbst, daß die Frage, in wieweit nach neuerem römischen Rechte überhaupt ohne Auftreten eines Privatanklägers eine gerichtliche Verfolgung des Verbrechers gesetzlich angeordnet war [5]), von der Frage über die Klage des Verletzten als Bedingung einer solchen Verfolgung auch für das römische Recht auseinander gehalten werden muß, und daß sowohl unter der Herrschaft der accusatorischen Form, als bei ausschließlicher oder vorherrschender Geltung des inquisitorischen Prozesses von Verbrechen, deren Verfolgung eine querela laesi voraussetzt, die Rede seyn kann. Unter dem Verletzten sind aber auch diejenigen Personen mit begriffen, welche anstatt des nächsten Gegenstandes des Verbrechens (mit oder auch ohne seine Einwilligung) die gerichtliche Verfolgung einzuleiten oder zu beantragen befugt sind. Ein kurzer Ueberblick der in Deutschland geltenden positiven Rechte gewährt uns folgende Resultate. Nach heutigem gemeinen Rechte ist eine Klage resp. Autorisation zur gerichtlichen Verfolgung des Verbrechers erforderlich:

---

4) Auch Platner, Quaestiones de jure criminum Romano (1842) giebt p. 109 seq. nur einige allgemeine Andeutungen; und Rein, das Criminalrecht der Römer (1844) S. 111 f. enthält gar nichts hierüber.

5) L. 13. D. de offic. praes. (I. 18.). L. 22. D. de requir. reis (XLVIII. 18.). L. 2. §. 6. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.). L. 6. D. de custod. et exhib. reor. (XLVIII. 3.). L. 7. Cod. de accus. (IX. 2.). L. 1. Cod. de cust. reor. (IX. 4.). L. 4. Cod. de sepulcr. viol. (IX. 19.). Nov. 128. c. 21. Vergl. besonders Geib, Geschichte des röm. Criminalprozesses (1842) S. 519 f., der aber auch hinsichtlich der extraordinaria crimina (ob. Note 3.) zu sehr generalisirt.

A. was die s. g. Verbrechen gegen den Staat oder das Staatsoberhaupt betrifft,

1. bei der Majestäts-Beleidigung zufolge der bekannten L. un Cod. Si quis imperatori maledixerit (IX. 7.). Das Gesetz, wonach der Regent selbst entscheiden will, „utrum praetermitti an exquiri debeat" redet nur von wörtlichen (einerlei wohl, ob mündlichen oder schriftlichen) Schmähungen —. „si quis improbo petulantique *maledicto* etc. ut ex personis hominum *dicta* pensemus"; — dürfte aber wegen offenbarer Gleichheit des Grundes auch auf symbolische und bildliche Majestäts-Beleidigungen, in keiner Weise aber auf thätliche Angriffe zu beziehen seyn [5a]). Ob die Schmähung die Privatperson des Regenten, oder Regierungshandlungen zum Gegenstande hat, ist nach dem Gesetze selbst einerlei. („Si quis — *nomina nostra* crediderit lacessenda ac temulentia turbulentus obtrectator *temporum* fuerit.") [6]) — Demnächst können

2. die Verbrechen der öffentlichen Beamten oder Staatsdiener hier unter dem Gesichtspunkt des Staatsverbrechens erwähnt werden. Denn es ist unläugbar, daß diese Verbrechen, obwohl sie auch die Verletzung von Privatpersonen in sich schließen können, sich ihrem Gegenstande nach zunächst als Verletzung speciel-

---

5a) Beleidigung anderer Mitglieder der regierenden Familie, fremder fürstlicher Personen u. s. w. unterliegen schon an sich, als vom Majestätsverbrechen völlig verschiedene Fälle, der gewöhnlichen Regel des Injurienverbrechens. S. unten Lit. B. 1. a.

6) Eine neue Erörterung des Thatbestandes des Verbrechens, damit es der dazu ermächtigte Richter strafen könne, gehört nicht hierher. Verschiedene gute Bemerkungen darüber s. bei Zirkler, die gemeinrechtliche Lehre vom Majestätsverbrechen (1836) S. 122 f.

ler, gegen das Gemeinwesen oder den Staat übernommener Pflichten (der Amts- oder Dienstpflichten) darstellen [7]). Fragt man aber, in wiefern gemeinrechtlich die gerichtliche Verfolgung dieser Verbrechen durch eine Aufforderung oder Genehmigung des Regenten oder der vorgesetzten Regierungsbehörde bedingt sey, — wobei natürlich mit dem ältern römischen Satze, daß gegen einen Magistratus populi Romani, als ein verkörpertes Stück der Volkssouveränetät, während der Amtsführung keine Anklage erhoben werden könne, für unsere Verhältnisse in Deutschland gar nichts anzufangen ist, — so muß die von Manchen aufgestellte Behauptung, daß bei allen Verbrechen der öffentlichen Beamten eine solche Ermächtigung des Criminalrichters erforderlich sey, als durchaus unbegründet betrachtet werden. Es bedarf ihrer natürlich gar nicht bei gemeinen Verbrechen oder Vergehen, die ein Beamter ganz unabhängig von seiner Qualität als öffentlicher Beamter begeht, sie kann aber auch nicht erforderlich seyn bei gemeinen Verbrechen im Dienste. Nur bei reinen Dienstvergehen, d. h. solchen, die blos in einer strafbaren Verletzung der gegen den Staat speciell übernommenen Dienstpflichten bestehen, läßt sich ein vernünftiger Grund für die Beschränkung des allgemeinen Rechtes der Anklage oder der Officialverfolgung denken, und dieser ist denn freilich so naheliegend, daß man ihn gewöhnlich auch ohne particularrechtliches Anerkenntniß als allgemeingültig betrachtet hat, obwohl eine gemeinrechtliche Rechtsbestimmung dafür nicht ange-

---

7) Neuere Gesetze, die, wie das würtembergische und braunschweigische Strafgesetzbuch, noch die Unterscheidung zwischen öffentlichen und Privat-Verbrechen zu Grunde legen, haben aus den Verbrechen der Beamten einen dritten Titel des Systems gebildet.

zogen werden kann [8]). Daß bei einer ohne Ermächtigung eingeleiteten Criminaluntersuchung der Regent, in sofern keine besondere Verfassungsbestimmung entgegensteht, eine Abolition oder Begnadigung aussprechen kann, versteht sich von selbst [8a]).

B. Hinsichtlich der übrigen Verbrechen, welche sich ihrem Gegenstande nach entweder als Eingriffe in eine fremde Privatrechtssphäre oder als äußere Verletzungen der durch Gesetze geschützten Sitte darstellen, bietet sich ebenfalls schon nach gemeinem Rechte eine Mehrzahl von Fällen dar, in welchen die Verfolgung einer öffentlichen Strafe vom Willen des Verletzten abhängig gemacht ist. (Daß die Geltendmachung jeder Privatstrafe, in soweit von ihrer Anwendung in Deutschland überhaupt noch die Rede seyn kann, der Regel der civilrechtlichen Rechtsverfolgung unterliege, ist durch den Charakter der Privatstrafe natürlich schon gegeben.)

1. Unter den Verbrechen wider die Person (die physische oder moralische Persönlichkeit des Individuums) nimmt hier

a) das Verbrechen der Injurie gemeinrechtlich um so mehr die erste Stelle ein, als gerade bei diesem bestimmte Quellenzeugnisse auch die öffentliche Bestrafung des Thäters von dem Antrag des Verletzten abhängig machen. Theils bezieht sich nämlich gerade hierauf der Satz des römischen Rechts: Volenti non fit injuria, theils stellen die Bestimmungen des römischen Rechts, nachdem die fortschreitende Rechtsbildung auch eine öffentliche Bestrafung des Inquirenten für zulässig erklärt hatte, es ent-

8) Vergl. Heffter, Beiträge zum d. Staatsr. S. 164 f. Denselben im N. Archiv Bd. XIII. S. 157 f. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. III. S. 439 f. Mein Deutsch. Staats- und Bundesrecht Th. II. S. 44 f. und Grundlinien des gem. d. Crim. Prozesses §. 54.

8a) Deutsches Staats- und Bundesrecht Th. II. S. 211 f.

schieden in die Wahl des Verletzten, ob er die Injurie mit der ästimatorischen Klage verfolgen, oder eine öffentliche Bestrafung des Injurianten provociren wolle [9]). Diese Regel ist auch für das gemeine deutsche Recht als Norm festzuhalten. Zwar hat es nicht an älteren Rechtslehrern gefehlt, welche unter Berufung auf ein angebliches Gewohnheitsrecht die Behauptung aufgestellt haben, daß der Richter in Deutschland den Injurianten auch ex officio bestrafen könne [10]). Allein der Ungrund dieser Meinung ist jetzt so allgemein anerkannt, daß die Widerlegung derselben als unnöthig erscheinen muß [11]). Die P. G. O. enthält bekanntlich gar keine Bestimmungen über das Injurienverbrechen im Allgemeinen, und daß die auf Diebstahl und Raub bezügliche, die Obrigkeit zum amtlichen Einschreiten verpflichtende Bestimmung der P. G. O. Art. 214. nicht auf Injurien bezogen werden darf, leidet keinen Zweifel.

Ob der Satz, daß de *omni* injuria nach der Wahl des Verletzten entweder civiliter oder criminaliter geklagt werden könne, im vorjustinianischen Rechte nicht manchen Zweifeln [11a]) unterworfen gewesen ist, soll

9) „Injuriarum causa non *publici* judicii sed *privati* continet querelam." L. 7. Cod. de injur. (IX. 35.) — Vgl. ferner L. 5. pr. L. 6. L. 7. D. de injur. (XLVII. 10.) — §. 10. Inst. de injur. (IV. 4.): „In summa sciendum est, de *omni* injuria eum qui passus est posse *vel* criminaliter agere *vel* civiliter." Weber über Injurien und Schmähschriften II. S. 70 f.

10) B. Carpzov. Pract. rer. crim. Qu. 96. n. 3. und Leyser Medit. ad Pand. Spec. 542. med. 5, welcher selbst aus dem römischen Rechte den (unmöglichen) Beweis führen will. Vergl. Weber a. a. O. S. 80 f.

11) S. Weber a. a. O. S. 83 f.

11 a) Auf frühere theoretische Zweifel dieser Art deutet Ulpian hin in L. 7. §. 6. D. de injur.: „Posse hodie de omni injuria, sed *et de atroci* civiliter agi Imperator noster rescripsit." Weber a. a. O. S. 76.

hier nicht weiter untersucht werden. Daß die atrox injuria überhaupt der Regel nicht entnommen sey, wird gerade durch die Bestimmungen des Justinianischen Rechts entschieden ausgesprochen. Auch läßt sich hinsichtlich des Falles, „si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit", und hinsichtlich desjenigen, qui ἐπιγράμματα, aliudve quid *sine scriptura* in notam aliquorum produxerit" wohl keine Ausnahme behaupten[12]). Die gewöhnliche Behauptung, daß das Pasquill überhaupt und die eigentliche Schmähschrift insbesondere (wie P. G. O. Art. 110. den Begriff derselben feststellt) nach deutschem Rechte dem allgemeinen Recht der Anklage und der Officialbestrafung unterliege[13]), ist in ihrer Allgemeinheit jedenfalls unrichtig[14]). Der Reichsabschied von 1570. §. 154 f. und die Reichspolizeiordnung von 1570. Tit. 35. §. 26. sind an sich blos polizeiliche Vorschriften, und haben hauptsächlich die mit Schmähschriften u. s. w. verbundene Verletzung der Censurgesetze des deutschen Reichs[15]) zum Gegenstande. Die Reichspolizeiordnung insbesondere enthält keine neue und absolute Vorschrift, indem sie den Autor u. s. w. ja nur vermöge der Recht mit son-

---

12) Die L. 6. D. de injur. sagt zwar von dem auf Schmähschriften sich beziehenden Senatusconsult, wenn der Name des Geschmäheten nicht genannt sey: „tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus *publica quaestione* rem vindicari." Allein dies läßt sich auch blos auf eine Unterstützung des Anklägers durch eine publica quaestio beziehen. Die späteren sehr strengen Bestimmungen Constantins und seiner Nachfolger (Tit. Cod. Theod. und Iust. de famosis libellis) scheinen freilich in derselben Weise eine amtliche Verfolgung des Urhebers der Schmähschrift zu sanctioniren, wie sie überhaupt im neuern römischen Rechte vorkommt.

13) Vergl. Heffter Crim. R. §. 318.

14) Weber a. a. O. II. S. 91.

15) Mein deutsches Staats- und Bundesrecht Th. II. S. 290 f.

derm Ernst gestraft haben will. Daß alle „durch Schriften, Gemälde, Abgüß, Geschnitz oder Gemächts" begangenen, insbesondere durch die Presse, in öffentlichen Blättern u. s. w. verübten Injurien und Schmähungen eine Officialbestrafung nach heutigem Rechte begründeten, würde eine, selbst mit der täglichen Praxis im grellsten Widerspruch stehende Annahme seyn, und gemeinrechtlich wird sich daher höchstens für die im Art. 110. der P. G. O. als peinliches Verbrechen hingestellte Schmähschrift im engern Sinne[15a]), besonders unter der Voraussetzung eines durch die Art der Verbreitung gegebenen öffentlichen Aergernisses, behaupten lassen, daß die hierbei auch ohne Antrag des Geschmähten eine amtliche Erforschung und Bestrafung des Thäters stattfinden könne.

b) Abgesehen von der Schmähschrift, ist der wichtigste und praktischste Ausnahmsfall von der Regel, daß Injurien nur auf Antrag des Beleidigten bestraft werden können, der Fall der Herabwürdigung oder Schmähung eines öffentlichen Amtes, welcher in der gemeinrechtlichen Theorie gewöhnlich durch injuria publica bezeichnet worden ist. Ueber den Begriff und den Umfang der injuria publica habe ich in einem der letzten Hefte des Archivs eine ausführlichere Erörterung gegeben[16]) und darin zugleich nachgewiesen, in welchen Fällen der Staat selbst als der beleidigte Theil durch seine Richter oder öffentliche Ankläger den Injurianten zu verfolgen berechtigt sey, wobei man sich vorzüglich vor der gewöhnlich stattfindenden Verwechselung der Injurien wider die Dienstehre öffentlicher Beamten mit der eigentlichen Amtsbeleidigung zu

---

15a) Godefroi l. c. p. 47. u. p. 52 f.

16) S. das. auch die nähere Erwähnung der hierbei in Betracht kommenden Stellen des römischen Rechtes und anderer gemeinrechtlicher Bestimmungen.

hüten hat[17]). In sofern aber in der Amtsbeleidigung zugleich eine Injurie gegen die Privat- oder Dienstehre des öffentlichen Beamten enthalten ist, liegt eine ideale Concurrenz zweier Vergehen vor, die nicht zusammengeworfen werden dürfen und von denen vielmehr jedes seiner Natur gemäß zu behandeln ist.

c) Außer der Amtsbeleidigung hat man häufig noch Injurien, die mit einer Störung der öffentlichen Ruhe verbunden sind, unter den Fällen aufgezählt, in welchen eine Official-Untersuchung und Bestrafung stattfinden könne, und dasselbe ließe sich denn auch behaupten von solchen, die in einer öffentlich, ludis et in conspectu hominum, verübten Verletzung des öffentlichen Anstandes oder gar in einer groben Unsittlichkeit bestehen. Bei richtiger Auffassung der Sache muß man aber behaupten, daß in beiden Fällen keineswegs die Injurie selbst, sondern blos das in idealer Concurrenz damit stehende Polizeivergehen der Störung öffentlicher Ruhe oder der öffentlich verübten Unsittlichkeit den Gegenstand der Officialverfolgung bildet, wobei die Beschaffenheit

---

17) Für das, was dort ausgeführt worden ist, daß das bloße Interesse des Staats an der Unbescholtenheit öffentlicher Beamten eine Verletzung der Dienstehre noch nicht zum öffentlichen Verbrechen der Amtsbeleidigung qualificire und daß die vorgesetzte Behörde von dem Beamten selbst nur fordern könne, daß er gegen den Injurianten wegen verletzter Dienstehre auftrete, finde ich in einer mir eben vorliegenden Injuriensache ein, vollkommen den richtigen Weg einschlagendes Rescript der Oberbehörde, worin es heißt: Der Forstcommissair N. N. wird aus dem abschriftlichen Anschlusse ersehen, welche Anschuldigungen wider ihn der A. H. zu S. unmittelbar bei Serenissimo angebracht hat. Es werden daher Schritte des Forstcommissairs N. N. zu seiner Rechtfertigung um so mehr erwartet, als es Serenissimo und der vorgesetzten Behörde nicht gleichgültig seyn kann, auch für ihn den Forstcommissair selbst nicht ohne Folgen seyn dürfte, ob die ihm gemachten Vorwürfe wirklich auf ihm haften. X. den 22. Septbr. 1844. . . . . liches . . . . . sches Forst-Collegium.

der Injurie selbst (welche gar nicht den Gegenstand der Bestrafung bildet) nur in soweit in Betracht kommt, als darnach zugleich die Strafbarkeit des Polizeidelicts zu beurtheilen ist. Die Injurie selbst bleibt hier der Verfolgung des Beleidigten nichts desto weniger reservirt, und von einer Anwendung des Satzes: „Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso" (L. 6. Dig. de injur.) kann daher hier keine Rede seyn.

d) Ein Fall endlich noch, welchen auch schon das römische Recht hervorhebt, betrifft die Injurie, die ein Kind gegen seine Eltern verübt [18]); ein Fall, der auch in älteren deutschen Landesgesetzen durch die angeordnete Officialuntersuchung und härtere (selbst peinliche) Bestrafung auf eine zum Theil zu weit gehende Weise qualificirt wird [19]). Eine, durch den Antrag des Verletzten gar nicht bedingte amtliche Verfolgung und Bestrafung des Thäters läßt sich aber aus den angeführten Stellen des römischen Rechts in keiner Weise begründen. Denn die Worte der L. 1. §. 2. cit. „Praefectus urbis delictum ad *publicam pietatem pertinens* pro modo ejus vindicat" beweisen dies durchaus nicht, und die L. 4. Cod. cit. setzt ausdrücklich eine Klage der verletzten Eltern bei der Obrigkeit voraus. „Sed si ita res fuerit ut pro injuriis eorum et *ad jus experiendum et ad vindictam processeris*" sagen die rescribirenden Imperatoren, nachdem vorher bemerkt ist, es sey im Allgemei-

---

18) L. 1. §. 2. D. de obsequiis (XXXVII. 15.). L. 4. Cod. de patr. pot. (VIII. 47.).

19) Vergl. bes. Martin Lehrb. des Criminalr. §. 175. u. das. Note 3. angeführten Landesgesetze, denen auch eine Hannov. Verordn. vom 30. Novbr. 1735, die der Regel nach Zuchthaus und Karrenstrafe verfügt, mit ihren verschiedenen Declarationen, insbesondere ihrer Ausdehnung auf Stief- und Schwiegereltern, beigefügt werden könnte.

nen- passender, solche Vergehen der häuslichen Zucht und Ahndung zu überlassen: „Congruentius quidem videtur, intra domum inter te ac filios tuos, si quae controversiae oriuntur, terminari." Will man aber auf die verletzte publica pietas Gewicht legen und darauf die Officialuntersuchung und Bestrafung gründen, so würde immer ein, öffentliches Aergerniß erregendes Vergehen eines Kindes gegen seine Eltern vorausgesetzt werden müssen, wenn das an sich ärgerliche und mit den größten Nachtheilen verbundene Eindringen der richterlichen Gewalt des Staats in das Innere der Familie vermieden werden soll.

2. An die Injurien schließen sich, der Auffassung der gemeinrechtlichen Quellen zufolge, am passendsten die s. g. Körperverletzungen an [20]). In ihrer Eigenschaft als Real-Injurien unterliegen sie nach römischem Recht ganz den Bestimmungen über die injuria und contumelia überhaupt. Fehlt aber der Charakter der Injurie, weil von einem animus injuriandi dabei keine Rede seyn kann —, L. 5. §. 3. D. ad L. Aquil. — dann bleibt der analoge Gesichtspunkt der rechtswidrigen Beschädigung nach Grundsätzen der Lex Aquilia, wobei also wieder eine Klage des Verletzten vorausgesetzt wird. Ausnahmsweise kann die Körperverletzung nach römischem Recht noch unter den Begriff eines andern Verbrechens, insbesondere unter die Lex Julia de vi und repetundarum, oder unter die Lex Cornelia de sicariis, z. B. der Fall der Castration u. s. w. zu subsummiren seyn, und dann entscheidet die rechtliche Bestimmung über das Recht der Anklage bei diesem Verbrechen. Das deutsche Recht hat nun freilich die Körperverletzung schon

20) Vgl. Heffter Criminalr. §. 280 f. Feuerbach Lehrb. §. 244 f. und besonders Mittermaier's Noten zu §. 245. — v. Jagemann im Archiv des Criminalr. 1844. S. 1 f.

längst als selbstständiges Verbrechen behandelt und sie mit einer sehr schwankenden Unterscheidung zwischen schweren und leichteren Fällen bald der hohen Gerichtsbarkeit überwiesen, bald den Nieder- oder Erbgerichten zur Rüge überlassen. Selbst culpose Körperverletzungen sind, abgesehen von dem Falle, wo eine absichtliche Körperverletzung einen über die Absicht des Thäters hinausgehenden schädlichen Erfolg hatte, einer criminellen Bestrafung unterworfen worden [21]). Darüber aber, ob und in wieweit die Körperverletzung, in sofern sie über den Begriff der Real-Injurien hinausgeht, nur auf Antrag des Verletzten einer Bestrafung unterworfen werden könne, ertheilt die gemeinrechtliche Theorie gar keine Auskunft. In der Praxis werden häufig Raufereien mit ihren Folgen gerade durch die Klage des Verletzten zur richterlichen Cognition gebracht. Sehr oft wird aber auch die damit verbundene Störung der öffentlichen Ruhe, Schlägerei in Wirthshäusern u. s. w. das Fundament für das richterliche Einschreiten, wobei freilich das oben über Injurien Bemerkte streng genommen ebenfalls Geltung finden müßte [22]). In andern Fällen ist dann bei dolosen und culposen Körperverletzungen wohl gewöhnlich die Schwere derselben, oder die Lebensgefährlichkeit der Handlung, als der rechtfertigende Grund für das amtliche Einschreiten betrachtet worden, ohne daß dabei eine bestimmte Grenzlinie mit Bewußtseyn gezogen worden wäre. Gewiß wäre es rathsamer, der Regel nach auch bei Körperverletzungen den Antrag des

---

21) Mittermaier's Note III. zu Feuerbach §. 246. Roßhirt im N. Archiv Bd. VIII. S. 28 f. Für einen speciellen Fall enthält die P. G. O. Art. 136. eine, auch auf Körperverletzung bezügliche Vorschrift. (Beschädigung durch ein gefährliches Thier, wofür der Herr verantwortlich gemacht wird.)

22) Auch das Auftreten eines Fiscals und Verhandlung der Sache im rein accusatorischen Prozesse ist mir aus Ländern des gemeinen Rechts mehrfach vorgekommen.

Verletzten als Bedingung für die gerichtliche Verfolgung zu betrachten, und nur die, in der Gesetzgebung genauer zu bezeichnenden, qualificirten Fälle der Körperverletzung der Verfolgung von Staats wegen zu überlassen [22a])

3. Auch mehrere von den Verbrechen, welche die ältere Theorie unter dem Titel der delicta carnis zusammenstellt, die spätere zum Theil als Verletzung des Ehevertrags, zum Theil als Beeinträchtigungen des natürlichen Rechts der freien Verfügung über den Körper (sonderbar genug) aufgefaßt worden sind, die aber vom Standpunkte des Staats aus ihren natürlichsten Vereinigungspunkt in ihrer Eigenschaft als Verletzungen der auch unter den Rechtsbegriff fallenden äußern Sitte finden, — Ehebruch, Entführung und Nothzucht — gehören (auf eine zum Theil bestrittene Weise) gemeinrechtlich zu den Verbrechen, deren gerichtliche Verfolgung durch den Antrag des verletzten Theiles bedingt ist. Was nämlich

a) den Ehebruch betrifft, so war schon durch die Lex Julia de adulteriis das an die Stelle des alten Familiengerichts gesetzte publicum judicium in Betreff des Rechts der Anklage für extranei in gewisser Weise beschränkt, was hier nicht weiter zu erörtern ist [23]); Beschränkungen, die aber doch schon auf der Grundlage beruhen, daß eine noch bestehende Ehe nicht durch Anklagen Fremder gestört werden soll. Constantin ging aber, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Grund: „Ne volentibus temere liceat foedare connubia" in L. 30. Cod. ad L. Jul. de adult. einen bedeutenden Schritt weiter und beschränkte das Recht der Anklage auf

---

22a) A. M. v. Jagemann a. a. O. S. 10. Vergl. jedoch daselbst S. 13 f., wonach auch v. Jagemann nur die schweren Fälle der Körperverletzung im Auge hat.

23) Vergl. Wächter Abhandl. aus dem Strafrechte S. 112 f. Godefroi l. c. cap. 23 seq.

den Ehemann und nach diesem auf die nächsten Verwandten (des Mannes, oder auch der Frau?), nämlich auf Vater, Bruder, Vaters- und Mutterbruder [24]). Die P. G. O. Art. 120. hat zwar den Begriff des Ehebruchs in sofern erweitert, als sie (wahrscheinlich mit Rücksicht auf die durch die Ansichten des canonischen Rechts herrschend gewordene Rechtstheorie ihrer Zeit) auch den untreuen Ehemann, der mit einer Ledigen concumbirte, des Ehebruchs für schuldig erklärt; sie hat aber dabei das Recht der Anklage ausdrücklich auf den beleidigten Ehegatten beschränkt. Zwar ist dies bestritten [25]), allein mit Unrecht. Denn abgesehen von den criminal-politischen Gründen, die an sich für die Beschränkung sprechen, zeigt eine Vergleichung der P. G. O. Art. 120. mit dem 145sten Artikel der Bamberg. H. G. O. auf das augenscheinlichste, daß es bei der Rechtsgesetzgebung auf diese Beschränkung des Anklagerechtes auf den beleidigten Ehegatten abgesehen war, indem gerade die Bestimmung der erstern „Item wölt aber ein Eemann oder eeweyb einen öffentlichen vnzweyffenlichen ergerlichen eebruch (als obstet) peinlich nicht clagen oder handeln, so mag der Richter den von amptswegen strafen" (was aber auch nur mit Genehmigung der Oberbehörde geschehen soll) — in der P. G. O. gestrichen

24) So nach dem Cod. Justiniani. Ueber die Verschiedenheiten des Theod. Coder s. Wächter Abhandl. S. 118. Not. 50. Daß auch die im Gesetze genannten nächsten Verwandten der Frau das Recht der Anklage haben sollen, muß theils wegen Mangels eines beschränkenden Ausdrucks, theils weil es ein blos correctorisches Gesetz ist, und um so mehr angenommen werden, als das nach Justinianischem Rechte noch bestehende Tödtungsrecht des Vaters der Ehebrecherin mit einer Ausschließung desselben von der Anklage in Widerspruch treten würde.

25) Linde im N. Archiv Bd. VI. S. 299 f. S. dagegen Godefroi l. c. p. 41 seq. Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 382. Not. I u. II. Wächter's Lehrb. II. S. 448 f.

worden ist. Ueberhaupt muß man annehmen, daß in allen Fällen, wo die P. G. O. die Verfügung enthält, es solle auf Beklagung dieser oder jener Person gestraft werden, dies zugleich eine Ausschließung aller andern Personen von dem Rechte der Anklage involvirt. Denn außerdem würde diese Bestimmung gar keinen Sinn haben. Auf Inquisitionsprozeß kann man sich aber gar nicht berufen und die Behauptung aufstellen, daß der Richter an solche gesetzliche Beschränkungen des Rechtes der Anklage nicht gebunden sey. Denn das amtliche Einschreiten der Obrigkeit ist blos an die Stelle der zur Sicherung der bürgerlichen Ordnung nicht mehr genügenden allgemeinen Anklage (publica accusatio) getreten, und wo diese in unsern Quellen ausgeschlossen ist, darf die Obrigkeit auch nicht von Amts wegen einschreiten. Wo die P. G. O. keine Beschränkung wollte, wird einfach der Thäter mit der gesetzlichen Strafe bedroht. In einem Falle, Art. 165. (So eyner etwas heymlich nimpt von güttern, der eyn nechster erb ist) macht sie freilich, ungeachtet des in der Bamb. Art. 191. fehlenden Zwischensatzes: „vnd eyn theyl den andern derhalb anklagen würd", die in der Bamb. ebenfalls fehlende schließliche Verfügung: „doch soll die oberkeyt oder Richter in diesen fellen von amptswegen nit klagen noch straffen"; und man könnte deßhalb meinen, wo die P. G. O. auch das inquisitorische Verfahren ausschließen wolle, sage sie es daneben ausdrücklich. Allein dies würde um deßwillen eine ganz falsche Schlußfolgerung seyn, weil die P. G. O. diesen Zusatz im Art. 165, in Hinblick auf die Bestimmung des Art. 214: „vnd wo der beschedigt nit peinlich klagen wolt so solt dannocht die oberkeyt den thetter, nicht destoweniger von amptswegen rechtfertigen", wohl nöthig finden konnte und mußte. — Kehren wir aber zum Ehebruch zurück, so muß diesem Allen zufolge gemeinrechtlich an der (in

[illegible]

h) Hinsichtlich des Verbrechens der Entführung[28]) ist bekannt, daß die P. G. O. im Art. 118. nur von der Entführung einer abhängigen (— verehelichten, oder unter väterlicher Gewalt befindlichen) Frauensperson — genauer einer unverleumdeten Jungfrau, die noch einen ehelichen Vater hat — redet, und in Vergleich mit dem römischen Recht in dieser Beziehung den Umfang des crimen raptus eingeschränkt hat. Nun kann man zwar in keiner Weise der Ansicht Hepp's[29]) beistimmen, welcher behauptet, nach der P. G. O. könne die Wegführung einer unabhängigen Frauensperson, wenn sie auch gegen ihren Willen geschah, nicht unter den gemeinrechtlichen Begriff des crimen raptus subsummirt werden[30]). Allein für unsere Frage, ob das Verbrechen der Entführung gemeinrechtlich ex officio vom Richter bestraft werden könne? — müssen jedenfalls beide Fälle aus einander gehalten werden. Was nämlich 1) die im Art. 118. der P. G. O. allein erwähnte Entführung eines Eheweibes oder einer unverleumdeten Jungfrau wider des Ehemannes oder des ehelichen Vaters Willen betrifft, so sagt das Gesetz: „darum mag der Ehemann oder Vater, unangesehen ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen dazu giebt[31]), peinlich klagen." Diese Worte weisen nun freilich nicht so deutlich, wie die Bestimmung des Gesetzes beim Ehebruch u. s. w., auf eine Beschränkung des Rechtes der Anklage und folgeweise der Official-Untersuchung hin. Indessen stimme ich doch vollkommen den

---

28) S. darüber überhaupt die treffliche Entwickelung des römischen Rechts und anderer gemeinrechtlicher Quellen bei Wächter Abhandl. aus dem Strafrechte I. S. 41 f.

29) Im Archiv des Criminalr. Bd. XIV. S. 481 f.

30) S. dagegen bes. Wächter a. a. O. S. 72 f.

31) Hierdurch ist jedenfalls das bekannte Cap. 6. X. de raptor. V. 17. mit seinem „licet parentes reclamarent."

einzelnen älteren Particularrechten [26]) freilich abgeänderten) Regel festgehalten werden, daß nur auf Klage des beleidigten Ehegatten eine Untersuchung wegen Ehebruchs eingeleitet werden könne. Nur läßt sich diese Bestimmung in keiner Weise auf das Verbrechen „zwifacher Ehe" (P. G. O. Art. 121.) beziehen. Auch muß man zugeben, daß in ähnlicher Weise, wie bei den Römern der extraneus zur Anklage wegen Ehebruchs gegen die mit ihrem Ehemanne noch verbundene Ehefrau dann zugelassen wurde, wenn er zuvor die Verurtheilung des Mannes lenocinii causa bewirkt hatte; auch nach der P. G. O. dies ein Fall sey, wo die Bestrafung des Ehebruchs der Frau nicht durch die Klage des andern (der Kuppelei schuldigen) Theiles bedingt ist. P. G. O. Art. 122. Dagegen kann man nicht behaupten, daß die Bestimmungen der P. G. O. Art. 120. in irgend einer Weise durch die Reichspolizeiordn. von 1577. Tit. 56. §. 2. abgeändert sey [27]). Denn diese Bestimmung findet sich schon in dem der P. G. O. vorausgegangenen Polizeiordnung von 1530. §. 33. und hat nur das selbstständige Polizei-Delict des notorischen Concubinats einer Person ehelichen Standes zum Gegenstande. Man kann daher nicht immer sagen, daß auf den Grund dieser reichsgesetzlichen Bestimmungen das Verbrechen des Ehebruchs dann einer amtlichen Bestrafung unterliege, wenn die Verübung desselben allgemein bekannt, oder mit öffentlichem Aergerniß verbunden sey. Auch hier wird die Klage des beleidigten Ehegatten abgewartet werden müssen.

---

26) So erwähnt z. B. die Hannov. Criminal-Instruction von 1736. Kap. I. §. 2. auch den Ehebruch unter den zur amtlichen Erforschung geeigneten Verbrechen.

27) Wie z. B. Feuerbach Lehrb. §. 379. mit Andern zunächst in Beziehung auf die Strafe des Ehebruchs behauptet. S. dagegen Mittermaier's Note IV.

h) Hinsichtlich des Verbrechens der Entführung[28]) ist bekannt, daß die P. G. O. im Art. 118. nur von der Entführung einer abhängigen (— verehelichten, oder unter väterlicher Gewalt befindlichen) Frauensperson — genauer einer unverleumdeten Jungfrau, die noch einen ehelichen Vater hat — redet, und in Vergleich mit dem römischen Recht in dieser Beziehung den Umfang des crimen raptus eingeschränkt hat. Nun kann man zwar in keiner Weise der Ansicht Hepp's[29]) beistimmen, welcher behauptet, nach der P. G. O. könne die Wegführung einer unabhängigen Frauensperson, wenn sie auch gegen ihren Willen geschah, nicht unter den gemeinrechtlichen Begriff des crimen raptus subsummirt werden[30]). Allein für unsere Frage, ob das Verbrechen der Entführung gemeinrechtlich ex officio vom Richter bestraft werden könne? — müssen jedenfalls beide Fälle aus einander gehalten werden. Was nämlich 1) die im Art. 118. der P. G. O. allein erwähnte Entführung eines Eheweibes oder einer unverleumdeten Jungfrau wider des Ehemannes oder des ehelichen Vaters Willen betrifft, so sagt das Gesetz: „darum mag der Ehemann oder Vater, unangesehen ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen dazu giebt[31]), peinlich klagen." Diese Worte weisen nun freilich nicht so deutlich, wie die Bestimmung des Gesetzes beim Ehebruch u. s. w., auf eine Beschränkung des Rechtes der Anklage und folgeweise der Official-Untersuchung hin. Indessen stimme ich doch vollkommen den

28) S. darüber überhaupt die treffliche Entwickelung des römischen Rechts und anderer gemeinrechtlicher Quellen bei Wächter Abhandl. aus dem Strafrechte I. S. 41 f.

29) Im Archiv des Criminalr. Bd. XIV. S. 481 f.

30) S. dagegen bes. Wächter a. a. O. S. 72 f.

31) Hierdurch ist jedenfalls das bekannte Cap. 6. X. de raptor. V. 17. mit seinem „licet parentes reclamarent."

von Wächter a. a. O. S. 90. für die Beschränkung geltend gemachten Gründen bei [32]) und betrachte freilich auch das als sich von selbst verstehend, daß natürlich durch die Indolenz des Ehemannes oder Vaters die Querela der gegen ihren Willen Entführten nicht ausgeschlossen wird. Auch muß man unter analoger Anwendung des Art. 122. der P. G. O. zugeben, daß bei erwiesener oder wenigstens wahrscheinlicher Kuppelei des Vaters oder Ehemannes auf eine Verfolgung und Bestrafung des Entführers ex officio als rechtlich begründet zu betrachten sey. — Wurde dagegen 2) eine unabhängige Frauensperson (Wittwe oder Jungfrau) gegen ihren Willen entführt, so wurde offenbar die völlige Straflosigkeit des Thäters sanctionirt, wenn man hier eine Klage der Entführten zur Bedingung der gerichtlichen Verfolgung machen und das Auftreten eines andern Anklägers und folgeweise die Verfolgung ex officio ausschließen wollte, so lange sich die Entführte noch in der Gewalt des Entführers befindet. Ist dies dagegen nicht mehr der Fall, dann mag die Klage der Entführten abgewartet werden, wofür gemeinrechtlich die Bestimmung der P. G. O. über Nothzucht im Art. 119. analog in Bezug genommen werden kann. Auch muß natürlich durch die von der Entführten frei und ungezwungen eingegangene Ehe jedenfalls die amtliche Verfolgung und die Klage der Entführten als ausgeschlossen betrachtet werden.

32) Ebenso auch Godefroi l. c. p. 39 seq. Auch Meister, Tittmann, Heffter und Roßhirt zählen die Entführung zu den Verbrechen, deren Verfolgung eine querela partis laesae vorausgesetzt; und Biener Gesch. des Inquisit. Proz. S. 169. Not. 46. rechnet sie mit Nothzucht, Ehebruch, Hausdiebstahl zu den Vergehen, bei welchen die P. G. O. nur den Anklage-Prozeß zulasse, was aber genau genommen wohl nicht richtig ist.

c) Für das obenerwähnte Verbrechen der Nothzucht [33]) bestimmt die P. G. O. im Art. 119. zweimal (beim vollendeten Verbrechen und beim Versuch), sie solle „auff Beklagung der benöttigten" bestraft werden. Aeltere Theoretiker und Praktiker wollten hierin blos verba enunciativa finden, hielten deshalb auch eine Bestrafung ex officio für zulässig und betrachteten die mangelnde Klage der Genothzüchtigten und resp. ihre Verzeihung nur als Milderungsgrund. Dies ist aber gewiß unrichtig, wie besonders Wächter (a. a. O. S. 27. Note 10.) gezeigt hat. Die Worte müssen doch einen Sinn haben, und dieser kann kein anderer seyn, als daß das allgemeine Recht der Anklage und folgeweise die Bestrafung ex officio hier cessiren soll [34]). Hierzu kommen die schon von Andern entwickelten criminal-politischen Gründe [35]), und es ist unverkennbar, daß, wenn bei irgend einem an sich zur öffentlichen Bestrafung geeigneten Verbrechen die amtliche Verfolgung aus Rücksicht auf das eigene Interesse des Verletzten selbst ausgeschlossen werden muß, dies gerade bei der Nothzucht im stärksten Maaße hervortritt. Nur wird man diese Beschränkung der gerichtlichen Verfolgung nicht auf den Fall beziehen können, wo mit der Nothzucht ein anderes, zur Bestrafung ex officio geeignetes (nicht wie die vis selbst, schon zum Thatbestande der Nothzucht gehöriges) Verbrechen, z. B. Tödtung, Raub u. s. w. concurrirt. Auch bieten die Fälle der s. g. unfreiwilligen Schwächung im engern Sinne (Feuerbach Lehrb. §. 264.) in sich selbst größtentheils den Grund dar, weshalb bei ihnen von einer Klage des verletzten Theiles nichts

---

33) Wächter's Abhandl. S. 21 f.

34) Dieser Ansicht und den übrigen von Wächter geltend gemachten Gründen stimmt auch Godefroi l. c. p. 40. bei.

35) S. bes. Mittermaier im Archiv des Criminalr. Jahrg. 1835. S. 267 f. Godefroi l. c. p. 217 seq.

abhängig gemacht werden kann. Nur darf man dazu nicht den durch Betrug erschlichenen oder durch Verführung eines (mannbaren) Mädchens erlangten Beischlaf mit rechnen, indem zu dessen Bestrafung nach allgemeinen Gründen allerdings die Klage der stuprata als erforderlich betrachtet werden muß [36]).

4) Von den Verbrechen, welche in das vielumfassende Gebiet strafbarer Täuschung oder des Betrugs gehören und sich im Besondern wieder, ihrem Gegenstande nach, als Verletzung von Familienrechten qualificiren, an deren Erhaltung auch der Staat ein großes Interesse hat [37]), wird das crimen partus suppositi im römischen Rechte mit der Bestimmung hervorgehoben, daß hierbei allein die Eltern und diejenigen, deren Rechte dadurch verletzt sind, zur Erhebung der Anklage berechtigt seyn sollen [38]). Die Gründe für diese Beschränkung liegen sehr nahe und reduciren sich auf das Unheil, welches daraus nothwendig für die Ruhe und das Wohl der Familien entstehen würde, wenn es jedem Dritten gestattet wäre, mit der Anklage, ein Kind sey untergeschoben, oder ein bis jetzt anerkanntes Glied der Familie sey nur ein unberechtigter Eindringling, aufzutreten [39]). Nach der schon mehrfach gezogenen natür-

36) Mittermaier im Archiv 1836. S. 618 f.

37) L. 1. §. 13. D. de inspic. ventre (XXV. 4.): „*Publice enim interest* partus non subjici, *ut ordinum dignitas familiarumque salva sit.*"

38) L. 30. §. 1. D. ad L. Corn. de fals. (XLVIII. 10.): „De partu supposito *soli accusant parentes*, aut *hi*, ad *quos ea res pertineat*, non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat." Vergl. über die Natur und den Thatbestand dieses Verbrechens besonders Abegg im N. Archiv des Crim. R. Bd. XI. S. 591 f. — Daß dabei der Ausdruck crimen *partus* suppositi zu beschränkt ist, liegt am Tage. Abegg a. a. O. S. 598 f.

39) S. bes. Abegg a. a. O. S. 604 f.

lichen Consequenz ist aber dadurch zugleich das Einschreiten der Obrigkeit ex officio (nicht der Inquisitions-Prozeß, wenn einmal die querela partis laesae vorliegt) gemeinrechtlich als ausgeschlossen zu betrachten und der Umstand, daß deutsche Gesetze dies nicht besonders sanctioniren, an sich bedeutungslos [40]). Dringende Anzeigen einer stattgefundenen Unterschiebung genügen meiner Ansicht nach an sich nicht zur Einleitung einer Untersuchung ex officio [41]). Wird aber bei Gelegenheit eines andern zur amtlichen Erforschung geeigneten Verbrechens, für welches zugleich die Erörterung des Legitimitäts-Punktes nothwendig ist, die Unterschiebung erwiesen, so kann allerdings das Recht der Obrigkeit auch die letztere mit zu bestrafen nicht in Zweifel gezogen werden, indem der Grund, welcher das Verfahren ex officio ausschließt, dann gar nicht mehr geltend gemacht werden kann. — Für die Beschränkung der amtlichen Verfolgung des Verbrechens bei andern Fällen des Betrugs und der Fälschung läßt sich, abgesehen von Demjenigen, was sich aus einer analogen Ausdehnung des Art. 165. der P. G. O. ergeben dürfte aus den gemeinrechtlichen Quellen kein Anhaltspunkt gewinnen. Weiter gehen aber neuere Gesetzgebungen [42]).

5. Der Diebstahl, welcher schon nach römischem Rechte nicht reines Privatdelict mehr ist, sondern auch einer öffentlichen Bestrafung extra ordinem unterliegt,

---

40) Abegg a. a. O. S. 615 f. Godefroi l. c. p. 53 sq.

41) Dies scheint Abegg a. a. O. S. 620. anzunehmen, indem er sagt: „Ich fürchte nicht so mißverstanden zu werden, als wenn ich nur (?) unbedingt ein obrigkeitliches Einschreiten gutheißen wollte, doch will ich wiederholen, daß es dann stets wegfallen muß, wenn weder gegründete Anzeigen des Verbrechens vorhanden sind, noch der Vater sich veranlaßt findet, die Legitimität des Kindes zu bestreiten, und so weit müßte auch die ausgedehntere Praxis beschränkt werden."

42) S. z. B. Archiv des Criminalrechts 1838. S. 610.

die, wenigstens in Betreff einer Mehrzahl besonders ausgezeichneter Fälle, nicht durch eine Anklage des Bestohlenen, von welcher allerdings L. 92. D. de furtis zu sprechen scheint — bedingt seyn konnte, — wird in der P. G. O. den deutsch-rechtlichen Grundsätzen von der Natur des Verbrechens gemäß ausdrücklich als ein Verbrechen hingestellt, welches die Obrigkeit von Amts wegen zu strafen habe [43]). Von dieser Regel macht aber die P. G. O. in Art. 165. entschieden eine Ausnahme, wonach die Obrigkeit oder der Richter von Amtswegen nicht klagen noch strafen soll, „so eyner auß leichtvertigkeyt oder vnuerstandt etwas heymlich nem von güttern, der er sunst eyn nechster erb ist, oder so sich dergleichen zwischen mann vnd weib begeb." In der Theorie wird der Fall gewöhnlich durch „Familiendiebstahl" bezeichnet, und bekannt ist, daß mancherlei Controversen über den Umfang der gesetzlichen Bestimmung (besonders wegen des Ausdrucks „nächster Erbe") so wie auch darüber bestehen: ob, eine Klage des Bestohlnen vorausgesetzt, überhaupt von einer öffentlichen Bestrafung des Thäters die Rede seyn könne? [44]) Diese Controversen können hier nicht genauer erörtert werden; ich nehme an, daß auf Antrag des Verletzten allerdings eine öffentliche (jedoch mildere) Bestrafung als zulässig zu betrachten sey, und glaube auch, daß der Ausdruck „ein nächster Erbe" nicht im buchstäblichen Sinne zu nehmen sey, der theils zu einer zu großen Beschränkung, theils aber auch zu einer dem Willen des Gesetzes nicht entsprechenden Erweiterung desselben führen müßte. Auch hier muß die Erklärung theils mit Rücksicht auf den ältern

43) P. G. O. Art. 214. (S. die Worte oben bei Gelegenheit des Verbrechens des Ehebruchs.)

44) Vergl. Feuerbach's Lehrb. §. 351. und dazu die Zusätze von Mittermaier, und bes. auch Konopak Beiträge zur Ausleg. des 165. Art. der P. G. O. im N. Archiv des Crim. R. Bd. VI. S. 264 f. Klien's Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Th. I. S. 378 f.

Sprachgebrauch, theils mit Beachtung der zur Zeit der P. G. O. herrschenden (auf das römische Recht mittelbar fußenden, aber dasselbe nicht streng anwendenden und die veränderten Verhältnisse vielleicht unwillkührlich geltend machenden) Rechtstheorie gegeben werden. Hiernach scheint mir immer noch die Erklärung von Klien Revision S. 379 f. dem wahren Sinne des Gesetzes am nächsten zu kommen, wenn er, was auch durch die daneben erwähnten Ehegatten bestätigt wird, annimmt, „daß das Gesetz das heilige Band der Familienverhältnisse und der wechselseitigen Zuneigung gegen einander nicht unaufgefordert zerreißen, den Beschädigten, ohne seinen Antrag und Willen durch eine amtshalber verhangene infamirende Untersuchung und Bestrafung über eine mit jenem in der innigsten Verbindung stehende Person, nicht vielleicht noch weit empfindlicher kränken will, als durch die Beschädigung selbst geschehen ist." [45]) Auf das Vorhandenseyn einer das Züchtigungsrecht involvirenden väterlichen Gewalt im römischen Sinne [46]), auf den freilich schon bei den Römern wesentlich durchlöcherten Grundsatz von der Vermögenslosigkeit der Kinder kann daher eben so wenig etwas ankommen, wie darauf, daß der Dieb den Bestohlenen als ganz entfernten Verwandten, oder vielleicht gar nur kraft Testaments oder Vertrags, zu beerben hoffen darf. Das Wesen der Sache wird zweifelsohne vom gemeinrechtlichen Richter am wichtigsten darin gefunden, daß der Bestohlene und der Thäter derselben Familie im engern und eigentlichen Sinne

45) L. 1. §. 3. D. de injur. (XLVII. 10.): „Spectat enim ad nos injuriae quae his fit, qui vel potestati nostrae, vel affectui subjecti sint."

46) Daher kann z. B. der Gesichtspunkt der L. 17. pr. D. de furtis „— neque enim *qui potest in furem statuere*, habet adversus furem litigare", — ein Gesichtspunkt, den ja auch das römische Recht nicht ausschließlich fest hält, — nicht der allein entscheidende seyn.

des Wortes angehören, wie es hinsichtlich der Ehegatten, der Eltern und Kinder (ohne Beschränkung auf den erstern Grad und mit Inbegriff von Stief- und Schwiegereltern und Kindern) und zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern besteht und wobei wieder auf wirkliche Hausgenossenschaft kein entscheidendes Gewicht gelegt werden kann. Die Familie bildet die Grundlage der Staatsordnung. Sie wird aber vom Staate nicht geschaffen, sondern vorgefunden. Sie hat eine im Staatszweck nicht aufgehende, wenn auch für diesen wichtige und nach außenhin durch Gesetze zu regelnde Sphäre selbständiger Wirksamkeit, in welche sich der Staat nicht einmischen darf. Das innige Band, welches die Familienglieder umschlingt, kann und darf der Staat mit seiner eigenmächtig eindringenden Criminalgewalt in Angelegenheiten, deren Wirkung nicht über den Kreis der Familie hinausgeht, um so weniger zerreißen, als die Ehre der einzelnen Glieder der Familie dabei zugleich auf das wesentlichste betheiligt ist und in der Familiengewalt selbst Mittel zu einer gegen das delinquirende Glied wirksamen Repression und Züchtigung gegeben sind, die gerade deshalb, weil jene Gewalt ein originäres Recht der Familie selbst ist, vom Staate nicht willkührlich beschränkt, oder seinem Strafgebiete incorporirt werden soll. Ohne Zweifel liegt diese natürliche Erwägung auch der Disposition des Art. 165. der P. G. O. zu Grunde, sollte sie bei der Abfassung auch nicht deutlich ins Bewußtseyn getreten seyn. Was das Gesetz nebenbei von „Leichtfertigkeit oder Unverstand" des Thäters bemerkt, ist weiter nichts als eine enunciative Erwähnung der gewöhnlichen Motive der That, keineswegs aber Bedingung für die Ausschließung der amtlichen Verfolgung. Ich glaube daher auch nicht, daß man mit Klien Revision S. 383. sagen könne, „bei sich veroffenbarender besonderer Bosheit des Thäters" dürfe der Richter auch von Amts wegen ein-

schreiten [47]), was, um erst dahinter zu kommen, ja fast für jeden Fall die Einleitung der amtlichen Untersuchung rechtfertigen könnte; sondern, wie ich meine, nur dann, wenn mit dem Diebstahl hinreichende Anzeigen eines andern, amtlich zu erforschenden Verbrechens concurriren. — Was aber gemeinrechtlich vom Diebstahl der nächsten Familienglieder gilt, muß analog und mit Rücksicht auf Art. 179. der P. G. O. auch von dem Vergehen der Unterschlagung, des Betrugs und der Fälschung gelten, so lange diese Verbrechen nicht bei einem über den Kreis der Familie hinausgehenden, der Cognition des Staats schon unterliegenden Verhältnisse begangen sind. Man denke nur einerseits an den Fall, daß ein Sohn die ihm anvertrauten Gelder unterschlagen und bei der dem Vater abzulegenden Rechnung demselben falsche Quittungen producirt hat, und andrerseits an einen gerichtlichen Prozeß zwischen nahen Anverwandten, worin der Eine ein falsches Beweisdocument producirt, — und der gemachte Unterschied wird von selbst deutlich hervortreten.

6) Die rechtswidrige, auch dolose oder böswillige Beschädigung fremden Eigenthums, deren schließlich bei der Recension des gemeinen Rechts noch gedacht werden mag, ist bekanntlich in dem ganzen Umfange des dadurch ausgedrückten Begriffs gemeinrechtlich kein Verbrechen, oder jedenfalls nur Privat-Delict im Sinne des römischen Rechts [48]), und der Himmel bewahre uns vor einer Gesetzgebung, die sie überhaupt in das Gebiet der öffentlichen Strafe, geschehe es auch nur all-

---

47) Auch Heffter §. 11. Note 3. legt auf jene Worte zu viel Gewicht. Ebenso Godefroi l. c. p. 47. der den ganzen Art. 165. der P. G. O. freilich etwas zu kurz abfertigt.

48) Feuerbach Lehrb. §. 310. u. Mittermaier's Not. I. — Heffter Lehrb. §. 521.

gemein unter der Bedingung eines Antrags des Verletzten, ziehen möchte. Sie kann aber ihrer Form, Richtung oder ihrem Gegenstande nach in ein öffentliches Verbrechen übergehen, oder vermöge specieller Gesetze unter gewissen Voraussetzungen einer öffentlichen Bestrafung unterliegen, welchen Falls dann die besondere Natur des fraglichen Verbrechens darüber entscheiden muß, ob ein Antrag des Verletzten zur Bestrafung erforderlich sey, oder nicht.

Dies wäre die übersichtliche Betrachtung der gemeinrechtlichen Quellen in Betreff der Frage, welche Verbrechen nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden können? Für die zweite, im nächsten Hefte folgende Abtheilung dieser Abhandlung bleibt die Untersuchung der rechtlichen und politischen Gründe vorbehalten, auf welchen die Ausschließung der amtlichen Verfolgung (sey es durch den Inquirenten oder Staatsanwalt) beruhen kann und auch da, wo es sich de lege ferenda handelt, in Betracht kommen müssen. Und diese Untersuchung muß nothwendig vorausgehen, bevor wir uns auf die Erörterung anderer Punkte, namentlich der praktisch wichtigen Frage einlassen können, welchen Einfluß die Zurücknahme des schon gemachten Antrags und resp. der Widerspruch eines Dritten auf den Fortgang des Prozesses und die wirkliche Bestrafung ausüben können? — bei deren Beantwortung der Grund, worauf die Ausnahme von der amtlichen Verfolgung beruht, ein entscheidendes Gewicht haben dürfte. Schließlich wird dann auch ein Blick auf die neueren deutschen Strafgesetzgebungen geworfen werden müssen, indem diese mehrfach der Vorwurf treffen dürfte, daß sie die Frage in ihrem ganzen Umfange nicht gehörig übersehen und die verschiedenen rechtlichen und criminalpolitischen Gründe der Sache nicht sorgfältig genug erwogen haben.

XIX.

Das ehemalige und zum Theil noch bestehende Fiscalat in Deutschland mit seinen Fehlern.

Von

Heffter.

Das Institut der Staatsanwaltschaft erscheint überhaupt in einer zweifachen Ausprägung; Einmal nämlich als Special-Vertretung der Regierung in den sie als Partei betreffenden öffentlichen oder Privat-Rechtshändeln, und andrerseits als General-Vertretung bestimmter oder aller öffentlicher Interessen bei der Justizverwaltung in den daselbst vorkommenden einzelnen Sachen, sey es daß die Regierung dabei als Partei zu handeln hat, oder auch nicht.

Eine Special-Vertretung ist überall nothwendig; denn in jedem Staat bedarf die Regierung, wenn sie als Partei handeln muß, eines Vertreters. Verschiedenheiten finden dabei nur in sofern Statt, als nach der Verfassung mancher Staaten der Regierung nicht blos in Civilsachen sondern auch in Strafsachen Veranlassung gegeben seyn kann als Partei aufzutreten, während letzteres nach andern Verfassungen, besonders vermöge des inquisitorischen Princips erspart wird; desgleichen in sofern, als jene Specialvertretung entweder stehenden Beamten übertragen ist, oder für jeden einzelnen Fall einem besondern Bevollmächtigten übertragen wird.

Der General=Vertretung liegt der Gedanke zum Grunde, daß den Gerichten die Verhandlung, Entscheidung und Vollstreckung der bei ihnen vorkommenden Rechtsangelegenheiten nicht völlig frei vom Staat überlassen werden könne, sondern daß die Einheit der Staatsverwaltung in ihren verschiedenen Zweigen auch noch besondere Organe nöthig mache, welche als Vertreter der oberaufsehenden und vollziehenden Gewalt darüber wachen, daß die Gesetze auch bei den Gerichten ihre unverkümmerte Vollziehung erhalten und demnach theils darauf wirken, daß die richterliche Gewalt einschreite, theils darauf, daß solches dem Willen des Gesetzes gemäß geschehe und zur Vollziehung gelange. Die Verwirklichung dieser Idee beginnt mit der Entfaltung des modernen Staates, mit dem Aufbau der landesherrlichen Macht und deren Erhebung über das Volksleben, welches in Einzel=Interessen aufgelöset ward. Ein solches System fordert von selbst stehende und immer thätige Beamte neben den Gerichten; Verschiedenheiten können in den einzelnen Verfassungen, worin dasselbe adoptirt wird, blos in Betreff des Umfanges und der Form der amtlichen Wirksamkeit seiner Organe vorkommen. Der Hauptunterschied beider Systeme, der Special= und Generalvertretung nämlich, besteht hingegen darin, daß der Specialvertreter öffentlicher Interessen gleich jeder andern Partei den Gerichten untergeben ist, der Generalvertreter aber, soweit er nicht auch Specialvertreter ist, unabhängig und ebenbürtig dem Gericht zur Seite steht.

Bekanntlich ist das letztgedachte System in der französischen Gerichtsverfassung im Laufe von etwa vier Jahrhunderten und zuletzt durch Napoleons practische Behandlung einer Lehre der neueren Staatsphilosophie an einem organisch schon vorhandenen Institut im Geiste der Centralisation zu einer Ausbildung gebracht worden, welche in Verbindung mit den ihm wesentlich nothwendigen Elementen

der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit schon längst die Augen aller denkenden Staats- und Rechtsmänner auf sich gezogen und ihm den Weg zu weiterer Aufnahme gebahnt hat. Nach des Verfassers Ansicht, die sich seit 25 Jahren durch eigne Anschauung und Theilnahme festgestellt hat, ist es hierzu vollkommen berechtigt, wenn sich auch vielleicht in der Ausdehnung und Form seiner Wirksamkeit Einzelnes vermissen und verbessern läßt, worüber schon an seinem Ort Bemerkungen gemacht sind, die auch wohl noch zur weiteren Besprechung in diesen Blättern gebracht werden könnten. Vorläufig mögen hier nur einige geschichtliche Notizen über frühere Anfänge des Instituts in Deutschland mitgetheilt werden, theils um dem Fortschritt zu Hülfe zu kommen, theils um gegen Fehler zu warnen, welche die Geschichte bereits aufgedeckt hat.

In dem altgermanischen Staate war eine Generalvertretung der öffentlichen Interessen bei den Gerichten durch besondere Beamte um deßwillen ganz überflüssig, weil bei jenen selbst schon eine Trennung der richterlichen Executiv- und urtheilsprechenden Gewalt bestand und beide sich gegenseitig modificirten und controlirten. Einer Specialvertretung bedurfte es dagegen, wenn die Obrigkeit des Gerichts selbst klagend aufzutreten hatte, sey es in fiscalischem Interesse oder in Ermangelung eines Anklägers, wo es doch einer Klage zu bedürfen schien, besonders wenn ein schweres Verbrechen „an elenden Leuten" verübt war, die entweder selbst nicht als Kläger auftreten konnten, oder auch sonst Niemand hatten, welcher für sie hätte klagen können oder wollen. Hier erfolgte dann die Bestellung des Klägers „von Amtswegen" oder „Obrigkeits- und von Fürstenwegen." [1]). Jemehr indeß das inquisitorische Princip

1) Maurer altgerman. GVerf. S. 152. Biener Beitr. zur Gesch. des Inqu. Pr. S. 133. 141.

Boden faßte und die vornehmsten Gerichte sich in landesherrliche Behörden umwandelten, desto weniger war auch noch eine besondere Vertretung öffentlicher Interessen durch eigne Bevollmächtigte erforderlich, ausgenommen für das landesherrliche Geld-Interesse, welches durch die so unabhängig stehenden und mit andern Geschäften vielfach befaßten Gerichte selbst nicht so unmittelbar wahrgenommen werden konnte.

Für diesen Zweck hauptsächlich wurden nun seit dem 16ten Jahrhundert mehrfach einige Fiscale, oder auch die getrennten Aemter eines Procurator und Advocatus Fisci bei einzelnen Gerichten, zuweilen für alle Gerichte eines Bezirkes angeordnet. So finden wir sie bei den Reichs- und bei den Landesgerichten.

Was die Ersteren betrifft, so zeigt sich bei dem Reichscammergericht beinahe von seiner ersten Einsetzung an ein Königlicher oder Reichsfiscal, dem in der Folge auch noch ein Advocatus Fisci zugeordnet ward, im Verhältniß eines Advocaten zum Procurator [2]). Beide Aemter bestanden bis zur Auflösung des Reiches und wurden aus den allgemeinen cammergerichtlichen Fonds besoldet. Die Aufgabe dieses Fiscalamts bestand wesentlich darin, auf Erfüllung der reichsverfassungsmäßigen Obliegenheiten aller Reichsglieder zu wachen und im Fall der Nichterfüllung klagend aufzutreten, insbesondere aber auf Abtragung der Reichslasten und Einziehung der dem Kaiserlichen Fiscus zugehörigen Strafen, endlich auf Vollstreckung der Gesetze bei offenbarem Landfriedensbruch zu halten [3]). Eine ausführliche Instruction findet sich nirgends in den Reichsgesetzen, wohl aber war, um Mißbräuche zu verhüten, ver-

---

2) R. Abschied von Augsburg v. 1500. Art. XXII. von Costnitz v. 1507. §. 21. C. G. O. v. 1521. IX u. X.

3) Vgl. C. G. O. v. 1555. I, 20.

ordnet, daß dem Kaiserlichen Fiscal jederzeit zwei Reichs=Cammergerichts=Beisitzer als Deputirte zugeordnet seyn sollten, ohne deren Rath, Wissen und Willen keine fiscalische Sache eingeleitet werden durfte [4]). Dieselben Deputirten bildeten mit noch zwei andern Assessoren die fiscalische Deputation, wenn es darauf ankam, Interlocutorien zu erlassen [5]). Beigeordnet war ein eigener R. C. G. Notar zur Führung der Protocolle und Fertigung der Canzlei=Arbeiten [6]). Zu den besondern Obliegenheiten des Reichsfiscals gehörte es übrigens, den öffentlichen Sitzungen des höchsten Reichsgerichtes von Anfang bis zu Ende beizuwohnen [7]).

In ähnlicher Art gab es auch am Kaiserlichen Reichshofrath zu Wien einen eignen Reichshoffiscal, welcher unmittelbar vom Kaiser ernannt und besoldet wurde. Auch ihm waren zwei Reichshofräthe, gewöhnlich die beiden ältesten von jeder Bank zugetheilt, ohne deren Rath und Bewilligung er keinerlei fiscalische Sache einleiten durfte. Seine Functionen stimmten im Ganzen mit dem des Reichsfiscals am R. C. G. überein.

Selbst die Kaiserlichen Landgerichte, unter ihnen wenigstens das Hofgericht zu Rothweil, hatte „altem Herkommen nach" wie es im Tit. IV. der Hof G. O. v. 1572. heißt, einen eigenen vom Richter ernannten Hoffiscal, „damit alles dasjenige, so zu Nachtheil, Abbruch und Schmälerung des Hofgerichtes hin und wieder in seinem Bezirk fürgenommen, gerechtfertigt, zu Abschaffung und gebührlicher Straff gebracht, erörtert und ausgespürt werde." Er war also eigentlich der Anwalt des Gerichtes selbst und daher auch sein Eid nach Tit. XXI. ganz dem Advocaten=

4) Vgl. C. G. O. v. 1555. I, 16, 1.

5) Concept d. R. C. G. O. I, 14, 12.

6) Danz, R. Ger. Proc. §. 268.

7) *Visitat. Absch.* v. 1713. Beil. I. bei v. Senckenberg IV, 290.

Eide ähnlich, nur mit dem Zusatz, von den fiscalischen Gefällen und Einnahmen jährlich dem Gericht Rechnung zu legen.

Der Gedanke, die Reichsstaatsgewalt überhaupt bei den vorgenannten Gerichten im Allgemeinen vertreten zu lassen, lag ohnfehlbar diesen Reichs- und Hoffiscalämtern sehr fremd.

Nicht anders war es in den meisten Einzelgebieten Deutschlands. So wird in den Hofgerichtsordnungen des sechzehnten Jahrhunderts für Chur-Mainz, Braunschweig, Pommern und Münster [8]) zwar überall ein Fiscal erwähnt, jedoch nur, um die bei den Hofgerichten vorfallenden Strafen einzuziehen. — In Ostfriesland ward durch Vergleich zwischen Landesherrn und Ständen 1611 festgesetzt: „damit die gute Eingesessenen dieser Grafschaft noch desto besser von der Justiz am Hofgericht mögen vergewissert seyn: so wird Se. Gnaden einen Fiscal bestellen, welcher an dem Ort des Hofgerichts wohnen und in Sr. Gnaden Namen active und passive procediren soll" [9]). Die Absicht war dabei schwerlich eine andere als in den landesherrlichen Parteisachen einen landesherlichen Vertreter zu erhalten und namentlich den Unterthanen dadurch den Justizgang zu erleichtern. — Anderwärts zeigt sich die Bestimmung und Thätigkeit hauptsächlich in Strafsachen. Abgesehen von dem Sächsischen Achtsproceß, wo jedesmal die Bestellung eines besondern peinlichen Anwaltes oder Fiscals nöthig war, hatte schon die Baiersche Landes-Ordn. von 1553 die Anstellung eines öffentlichen Anklägers für Verbrechen vorgeschrieben [10]). — Für Chur-Pfalz war durch Verordnung vom 1. Febr. 1667. Tit. 1. §. 2. 3. 8. ein Advocatus fisci angeordnet, welcher auf alle s. g. fiscalische Vergehen

8) Sie finden sich in Sawr Fasciculis proc. jud.

9) Moser v. d. Landeshoheit in Justizsachen S. 131.

10) v. Freyberg, öffentl. gerichtl. Verf. S. 267.

wachen, die Verbrecher von Amtswegen verfolgen und anklagen sollte. Zu diesen Vergehen gehörten: „alle Dienstverbrechen der Beamten; ingleichen alle injuriöse, schimpfliche und liederliche Wort und Reden, so wider die Obrigkeit und Dero hohen Anverwandten laufen”, was auch auf die churfürstlichen Räth und andere Bediente erstreckt ward, da denselben ihrer Dienste halben etwas widerechtliches begegnen würde! Diesem Advocatus fisci war noch ein besonderer Procurator fisci zur Beobachtung der gewöhnlichen Termine und anderer Procuraturverrichtungen beigegeben. Er sollte von Amtswegen als Ankläger auftreten und dabei schriftlich wie in Civilsachen verfahren. — In demselben Reichsgebiet gab es außerdem noch s. g. Malefizprocuratoren, welche bei den Malefizgerichten die vorkommenden Frevel anzeigen und verfolgen sollten [11]. — Für Chur-Trier schrieb noch eine Verordnung von 1726 vor, daß in wichtigeren Criminalfällen ein Fiscal die vorläufige Untersuchung führen, daraus die Anklagelibelle entwerfen und einreichen, endlich den Beweis mittelst Vorlage von Beweisartikeln führen solle [12]. Aehnliches findet sich in der Praxis vieler anderer Reichsgebiete.

Diese fiscalische Concurrenz ward aber mit der größeren Anwendung des Untersuchungsprocesses immer entbehrlicher und sie selbst dadurch meist antiquirt. Länger und in einer ziemlichen Ausdehnung hat sich das fiscalische Amt in den Mecklenburgischen Landen erhalten. Hier sind sowohl bei den Landesregierungen wie bei den Landesgerichten (mit Ausnahme des Ober-Appellationsgerichts) Fiscale als Wächter zur Aufrechterhaltung der Gesetze und als öffentliche Ankläger der Gesetz-Uebertreter angestellt, insbesondere zur Einklagung und Berechnung der bei den Gerichten vor-

---

11) Maurer, altgerm. GVerf. S. 154.

12) Biener, a. a. O. S. 143.

kommenden Geldstrafen [13]); jedoch scheint es auch hier, daß ihre Thätigkeit in eigentlichen Criminalfällen eine sehr unbedeutende geworden ist oder vielleicht ganz aufgehört hat, wenigstens findet sich keine Erwähnung davon in Richters Mecklenburgischem Criminalproceß so daß sie sich daher nur auf die fiscalischen Civilprocesse so wie auf Einklagung gewisser Geldstrafen, z. B. wegen Wuchers im Wege des Civilverfahrens beschränken mag. — Einen ausgebreiteten fiscalischen Wirkungskreis weiset Falck [14]) für das Herzogthum Holstein nach.

Eine ganz neue Organisation erhielt das fiscalische Amt im ehemaligen Herzogthum Pommern, Schwedischen Antheils, durch eine Königliche Verordnung vom 4. April 1799. Hierdurch ward nämlich ein Obersachwalt mit außerordentlichen Befugnissen angeordnet. Derselbe sollte in unmittelbarer Unterordnung unter den König und dessen Statthalter überhaupt auf Befolgung der bestehenden Verfassungen, Gesetze, Statuten und Instructionen halten; er sollte deshalb befugt seyn bei allen Collegien und Civilstellen Nachfragen und Untersuchungen anzustellen und die Uebertreter dabei durch den Advocatus Fisci verfolgen lassen. Alle Fiscale wurden seiner Direction unterworfen, so wie die Advocaten und Notarien seiner Aufsicht; an ihn sollten die Proceßtabellen eingesendet werden u. s. w. Vorzüglich aber war die Criminalrechtspflege seiner Obhut anvertraut, wie nicht minder die Erhaltung der landesherrlichen Gerechtsame [15]). Diese Einrichtung besteht jedoch gegenwärtig nicht mehr in ihrer Ursprünglichkeit; vielmehr ist die Stelle des Obersachwalts eingegangen und das Ober-

---

13) v. Kamptz u. v. Nettelbladt Hdb. d. Mecklenb. Civilproc. Berlin 1822. §. 114 ff.

14) Handb. des Holst. Privatr. III. 73, 74.

15) Dähnert Samml. der Pommerschen L. Urkunden. Th. 8. S. 499 f.

Appellationsgericht zu Greifswalde mit seinen Functionen in corpore beauftragt, was der Sache begreiflich einen ganz andern Character giebt.

Eine sehr ähnliche vielumfassende Einrichtung hatte das Fiscalat im vorigen Jahrhundert in den Ländern des Hauses Brandenburg erhalten, wovon nun genauerer Bericht gegeben werden soll.

Anfangs war es hier, wie allenthalben in Deutschland. So lange nämlich die altgermanische Gerichtsverfassung, d. h. im Wesentlichen die Schöffengerichtsverfassung bestand, gab es schwerlich wohl schon Fiscale, Staatanwälte in permanenter Thätigkeit. Die Vorsteher der Gerichte, die eigentlich s. g. Richter, im Gegensatz der Schöffen, sorgten als landesherrliche Beamte, oder vermöge der vom Landesherrn erblich erworbenen Rechte für die Interessen des Fiscus und für die Beobachtung der hergebrachten Ordnung.

Sofort seit der Errichtung des Cammergerichts zu Berlin findet sich aber, nach dem Vorbild des Reichscammergerichts, ein Procurator Fisci eingesetzt und zwar als General-Anwalt für das landesherrliche Interesse zur Einforderung der „Bußen und in andern Sachen." [16])

Gleicherweise wurde in der Neumärkischen Cammer- und Hofgerichts-Ordnung von 1561 ein Hoffiscal und ein Jagdfiscal angeordnet [17]).

Als im Jahre 1585 für die Ukermark ein Quartalgericht zu Prenzlau niedergesetzt ward, wurde auch hier der Fiscal angewiesen, während der Gerichtstage zu vigiliren [16]).

Im Allgemeinen zeigt sich jedoch in den Gesetzen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts keine deutliche

---

16) C. G. O. von 1516 (publ. vielleicht erst 1526) vgl. v. Hymmen Beitr. II. 246 ff.

17) C. C. M. II. Nr. 7. p. 94.

18) C. C. M. VI. 1. Nr. 12.

Spur, welche auf eine ausgedehntere Entwickelung des fiscalischen Amtes schließen ließe.

Seit dem Anfange des sechzehnten Jahrhunderts wird aber die Anstellung eines eigenen Generalfiscals bemerklich, dem alle übrigen Fiscale unterworfen waren, und dessen amtliche Wirksamkeit vorzüglich unter König Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II. eine größere Bestimmtheit erlangte. Als Erster Generalfiscal kommt im J. 1704 der zeitherige Advocatus fisci am Cammergericht, Namens Duhram vor, welchem nach Errichtung des O. Appell. Gerichts zugleich das oberste Fiscalat für das ganze Land anvertraut wurde.

Schon die C. G. O. von 1709 geht nun genauer, als die früheren Gesetze, auf die Einrichtung und Attributionen des fiscalischen Amtes ein. Bei dem C. G. söllte nämlich ein Advocatus fisci (der auch Hofadvocat genannt ward und, wie bemerkt, Ein und dieselbe Person mit dem Generalfiscal war) nebst einem Adjunctus fisci und mehreren Hoffiscalen auf die Königl. Hohen Regalia und Befugnisse Acht haben; einer dieser Fiscale auch regelmäßig den Sitzungen des Gerichts beiwohnen; vorfallende Verbrechen sollten von ihnen angezeigt und verfolgt, desgleichen die fiscalischen Untersuchungen geführt werden, die ihnen als Inquirenten vom Gericht übertragen würden [19]), welches letztere die Criminal-Ordnung von 1717. Cap. I. §. 12. bestätigte [20]).

Eine K. Verordnung vom 22. December 1716 [21]) wies sämmtliche Fiscale an, streng auf die Beobachtung der Gesetze zu halten. Ein Reglement vom 20. August 1722 bestimmte:

---

19) C. C. M. II. Nr. 119.

20) Ebds. II. Abth. 3. Nr. 32.

21) Ebds. II. 3. Nr. 31.

1. Ein fiscalischer Bediente solle jederzeit bei den Audienzen im Geheimen Justizrath, bei dem Cammergericht, sowie in allen Landes-Regierungen und Justiz-Collegien aufwarten und Procurator fisci solle stets gegenwärtig seyn, wenn die Urtheile im Ober-Appellations-Gericht publicirt würden.

2. Kein Fiscal solle Privatsachen übernehmen, wenn Fiscus irgendwie betheiligt sey.

3. Jeder Fiscal solle bei Führung fiscalischer Processe derselben Ordnung, wie die Advocaten, unterworfen seyn [22]).

Durch ein Rescript vom 22. Mai 1738 ward ein besonderes Collegium fiscale angeordnet [23]), welches sich alle Sonnabend in Berlin versammeln sollte.

Der Generalfiscal Uhden erhielt im Jahre 1740 eine Instruction, welche ihn resp. die übrigen fiscalischen Bedienten anwies,

1. Beleidigungen der göttlichen Majestät und wörtliche oder schriftliche Anfechtungen der Königl. Person, Verfassungen und Edicte zur Bestrafung zu ziehen;
2. über die Beinträchtigungen Königl. Gerechtsame zu wachen;
3. auf die Ausführung Königl. Verordnungen zu halten;
4. die Procuratoren und Advocaten, sowie die Landreuter zur gehörigen Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten;
5. auf Beschleunigung der Inquisitionsprocesse und auf Beobachtung der gesetzlichen Ordnung derselben zu wachen;

---

22) C. C. M. II. 3. Nr. 46.

23) v. Hymmen a. a. O. 275. 1. Cont. Corp. Const. M. Nr. 23.

6. die fiscalischen Processe fleißig zu betreiben. Dabei ward er ermächtigt, die Sachen unter den einzelnen Fiscalen zu distribuiren und denselben Untersuchungen nach der nähern Bewandtniß einzelner Angelegenheiten aufzutragen.

Alle vereinzelte Bestimmungen faßte demnächst das im Jahre 1748 veröffentlichte Project des Codicis Fridericiani Marchici Th. I. Tit. 13. zusammen, woselbst zuerst bemerkt wird:

§. 1. Wir haben zur Beobachtung der fiscalischen Sachen in Unsern Residenzien und den daselbst befindlichen Collegiis unter der Direction eines Generalfiscals einen Advocatum fisci und auch andere Justiz- und Cammerfiscäle allergnädigst bestellt, welchen allerseits obliegt, ihren Bestallungen aufs treulichste und fleißigste nachzukommen und auf alle und jede strafbare Unthaten, so wider göttliche und gemein beschriebenen Rechte, wie auch Unsere Landes-Constitutiones, ergangenen Edicte und Befehle geschehen, sorgfältig Acht zu haben.

An denselben Generalfiscal verwies §. 3. überhaupt sämmtliche Fiscäle (Justiz-, Cammer-, Consistorial-, Jagd- und Medicinal-Fiscäle) sowohl hier, wie in den Provinzen, dergestalt, daß sie verfassungsmäßigen Anordnungen ohne alle Weigerung sich unterziehen, auch persönlich sich vor ihm gestellen sollten. Dem Adjunctus fisci ward insbesondere aufgetragen, bei dem O. Appellationsgericht auf Erhaltung der Königl. Gerechtsame Obacht zu haben und sowohl daselbst, wie auch bei dem Cammergericht, ingleichen bei dem Geheimen Justizrath die vorkommenden fiscalischen Processe zu führen. Die andern Fiscale aber sollten alle übrige Sachen und die Inquisitiones nach Auftrag des Generalfiscals oder der Collegien verrichten (§. 6.).

Hauptsächlich sollte der Adjunctus fisci oder der bei jedem Collegio bestellte Erste Fiscal auf Beobachtung der neuen Proceßordnung wachen, zu dem Ende sich alle Tage in den Audienzen einfinden, von Anfang bis Ende dableiben und Acht geben, ob etwas gegen die Ordnung und wider ein in jure fundirtes Interesse Fisci verhandelt oder vorgetragen würde (§. 35.). Würde er etwas Unanständiges von einem membro Collegii oder Subalternen wahrnehmen, so sollte er es dem Präsidenten insgeheim anzeigen und Remedur suchen, vorzüglich aber im Fall einer Corruption dergleichen Schritte thun (§. 37. 38.).

Eigenthümliche Amtsobliegenheiten waren:

1. in Injuriensachen pro interesse fisci zu vigiliren und in termino auf die gesetzliche Strafe anzutragen (IV. 4. §. 7. 8.);

2. bei vorfallenden Verbrechen, nach vorheriger Genehmigung des Obergerichts, die General-Untersuchung zu führen, so wie demnächst auch die Special-Untersuchung unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (IV. 5. §. 1 ff.);

3. die eigentlichen fiscalischen Processe zu führen, nämlich:
   a) über delicta leviora, wo keine poena capitalis, sondern nur pecuniaria oder Gefängniß erkannt zu werden pflegte und nur summarisch procedirt wurde (ebds. §. 12.), worüber schon durch Rescript vom 18. Jan. 1738. eine Verfügung erlassen war;
   b) die fiscalischen Civilsachen im Interesse des Fiscus (§§. 13. 14.). Außerdem auch

4. die assistentia fisci zu leisten, wenn solche einem Privaten, weil er abwesend, minor oder furiosus etc. ist, oder einer frommen Stiftung verstattet würde (§. 16.);

5. die Einziehung der verwirkten Geldstrafen (l. 13. §. 17 ff.); endlich
6. die Einreichung von Proceßlisten über die fiscalischen Processe §. 14 ff. u. s. w.

Die Fiscale erhielten dafür Besoldung, und einen Strafantheil; hatten auch das Recht, für Privaten zu advociren (§. 56.).

Während der Regierung des Königs Friedrich II. wurde das General-Fiscalat zu einer allgemeinen Aufsichts- und Centralbehörde über die Ausführung der Gesetze in allen Zweigen der Staatsverwaltung erhoben. In einer offenen Ordre d. d. Berlin den 19. April 1763, für den General-Fiscal Uhden, wurde derselbe angewiesen, sein Amt wider Jedermann, ohne Ansehn der Person von den Ministern an, bis auf den Geringsten, wahrzunehmen und gegen Uebertreter der Gesetze zu agiren, auch sowohl bei den Justiz-, wie bei den Finanz-Collegien die nöthigen Schritte zu thun. Eine Cabinets-Ordre d. d. Potsdam den 14. November 1763 an den Groß-Canzler Jariges erklärte es für die Pflicht aller Fiscale, hauptsächlich auf die Observanz der Landesgesetze, Edicte und Ordres zu halten und gegen die Contravenienten ex officio zu agiren.

In einer ferneren C. O. vom 29. ejusd. sprach der König aus, daß der General-Fiscal eigentlich von Ihm dependire und daher auch im Wesentlichen nur von Ihm seine Instruction zu empfangen habe, auch von Ihm soutenirt werden solle, wenn er, der General-Fiscal nur, wie es weiter heißt, gradedurch gehe, und wo Jemand wider die Gesetze handelte, gleich deshalb bellen und sein Amt beobachten werde.

Ganz in diesem Sinne wurde weiterhin die Instruction für den General-Fiscal d'Anières unterm

2. Decbr. 1763 ausgefertigt. Es wurde ihm namentlich die Anweisung ertheilt, jede Behörde an ihre Schuldigkeit bei eingetretenen Mängeln zu erinnern, und wenn solches nicht verfangen sollte, dem König darüber zu berichten. Er sollte das Recht haben, alle Acten über innere Landesangelegenheiten bei den verschiedenen Behörden zu inspiciren. Alle Fiscale zu Berlin und in den Provinzen, mit Ausnahme Schlesiens, wo zwei besondere Generalfiscale und dann verschiedene Nebenfiscale angestellt waren, wurden ihm unterworfen; er war daher ermächtigt, Denunciationen anzunehmen, zu untersuchen und Zeugen zu vernehmen, während in Ansehung der speciellen, vor die Gerichte gehörigen Fälle auf das Project Cod. Frid. March. I. 13. Bezug genommen ward [24]).

Diesemnach hatte sich das General-Fiscalat nach allen Seiten der innern Verwaltung auszudehnen.

Ob sich jedoch ein recht in einander greifender Geschäftsgang zwischen dieser Stelle und ihren untergeordneten Gliedern, sowie mit den einzelnen Staatsbehörden gebildet habe, läßt sich aus den eben zugänglichen Nachrichten nicht ersehen. Fast möchte man daran zweifeln. Besonders klagte der schon erwähnte General-Fiscal d'Anières, ebenso wie sein Vorgänger Uhden, daß die Unterfiscale zu wenig ihre Schuldigkeit thäten und die Centralbehörden sie nicht genug unterstützten. In Berlin gab es übrigens im J. 1772 funfzehn Unterfiscale mit mehr oder weniger Besoldung bei den verschiedenen Behörden.

So viel nun die Wirksamkeit und das Eingreifen der fiscalischen Bedienten in die Rechtspflege betrifft, so kam dasselbe zu keiner näheren organischen Entwickelung, sondern wurde auch in der späteren Gerichtsver-

24) Vgl. N. C. C. II. 3.

fassung und Proceßgesetzgebung in seinem früheren schwankenden System erhalten. Nach dem Cod. Jur. Frid. und der A. G. O. stellt sich dasselbe in folgender Weise dar:

I. Der General-Fiscal ist Wächter der Gesetze; er hat auf die Amtsführung bei den Landes-Justiz-Collegiis und auf einen ununterbrochenen Betrieb der Processe Acht zu geben, dem Chef der Justiz desfallsige Bemerkungen zu machen und Contraventionen anderer Art durch die ihm untergebenen Fiscale untersuchen und betreiben zu lassen [25]).

II. Die bei einzelnen Behörden angestellten fiscalischen Bedienten haben eine doppelte Eigenschaft und amtliche Wirksamkeit:

a) Die Vertretung des Landesherrn und Fiscus in Civil-Processen, wobei sie sich aber jedesmal legitimiren müssen [26]).

b) Sie sind Wächter der Gesetze in der ihnen angewiesenen Sphäre, haben als solche auf durchgängige Beobachtung derselben zu achten und ohne Ansehen der Person etwaige Contraventionen anzuzeigen; insbesondere haben sie

aa) auf das Verhalten der höheren und niederen Justizbedienten zu achten und dem Präsidenten oder dem Chef der Justiz Anzeige zu machen;

bb) die ihnen aufgetragenen Untersuchungen in fiscalischen Sachen nach Maaßgabe des zweiten Abschn. Th. I. Tit. 35. der A. G. O. zu führen [27]).

---

25) A. G. O. III. 6. §. 13—15.

26) Ebds. §. 3—5. A. G. O. I. 35. §. 1—33.

27) Ebds. III. 6. §. 6—11.

Im Allgemeinen gehörten die Fiscale zu den Justizbedienten, und es sollten dazu auch vorerst Referendarien, sowie Justiz-Commissarien gewählt werden [28]).

Unmöglich konnte sich diese, offenbar incompatible Verbindung eines zur Ausforschung von Contraventionen bestimmten und noch dazu durch Strafantheil belohnten Amtes mit einem richterlichen Instructionsamt halten. Die Landes-Justizcollegien selbst werden schon möglichst vermieden haben, die Fiscale als Instruenten zu gebrauchen, da sie über andere und unparteiische Kräfte zu verfügen hatten; als Aufsichtsbeamte für den gerichtlichen Geschäftsgang konnten die Fiscale auch keine Wirksamkeit erlangen und entfalten, da sie als Justizbedienten selbst wieder unter der Aufsicht des Landes-Collegii standen, in dessen Departement sie angesetzt waren [29]).

So reducirte sich am Ende ihre ganze Thätigkeit auf Führung der ihnen übertragenen fiscalischen Civilprocesse, die man aber auch durch die gewöhnlichen Anwälte betreiben lassen konnte; es war daher ganz natürlich, daß man in Folge einer Königl. Cab. Ordre vom 10. März 1809 die erledigten Stellen der Fiscale nicht wieder besetzte. Die Bestimmung des General-Fiscalats wurde durch die Thätigkeit des Justiz-Ministeriums absorbirt und unnöthig gemacht.

Das Fehlerhafte in allen vorstehenden Einrichtungen springt in die Augen und ist zum Theil schon bemerkt worden. Es liegt

1. in dem Mangel an gehöriger Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Organe der Staatsanwaltschaft

---

28) A. G. O. III. §. 2.

29) A. G. O. a. a. O. §. 12.

von der richterlichen Gewalt, indem sie vielmehr überall nur als gerichtliche Nebenbeamte oder Hilfsbeamte, mithin in Abhängigkeit von den Gerichten, mit einziger Ausnahme des Preußischen Generalfiscals und Pommerschen Obersachwalts erscheinen;

2. in dem Mangel einer bestimmten Rolle und Stellung in dem gerichtlichen Verfahren für das Staatssachwalteramt. Das Verfahren selbst muß darauf berechnet und eingerichtet und seine Giltigkeit davon abhängig seyn. Sonst erscheint die Theilnahme eines öffentlichen Sachwalts, außer der oder den eigentlichen Parteien nur zu bald als etwas Ueberflüssiges, dessen man sich gern entledigt und ohne regen Eifer annimmt.

Beide Hauptfehler sind in der französischen Staatsanwaltschaft und Procedur sowohl im Princip wie in der Ausführung vermieden. Nur Einzelnes läßt sich dabei noch in Frage stellen, nämlich die Ausdehnung der staatsanwaltschaftlichen Concurrenz auf manche dem öffentlichen Interesse entfernter liegende Angelegenheiten, so wie das Maaß der Attributionen, worüber vielleicht noch an einem andern Ort Bemerkungen gemacht werden sollen, wenn es deren nach den neuesten glänzenden Erörterungen über das Institut noch bedürfen könnte. Ungeeignet dürfte aber jedenfalls eine bloße Einpfropfung des Instituts in den bisherigen deutschen Civil- und Criminalproceß ohne wesentliche Aenderung der Proceßprincipien und Formen selbst seyn; wenn man z. B. in den deutschen Inquisitionsproceß ein staatsanwaltschaftliches Berufungsrecht einführen will, wodurch die Lage eines Angeschuldigten wesentlich verschlimmert wird, da er bisher nach guter, vielhundertjähriger Praxis in Einem Ersten criminalgerichtlichen

Erkenntnisse, wenn er selbst wollte, das Ende des öffentlichen Angriffs hatte und eine Verschlimmerung ihn nicht mehr treffen konnte.

Einstweilen mögen die obigen Mittheilungen den Beweis verstärken, wie nahe man in Deutschland schon früherhin, unabhängig von Frankreich, der Idee einer Generalvertretung des Staates in gerichtlichen Angelegenheiten war, ganz besonders aber in Preußen.

XX.

Ueber den gefährlichen Diebstahl nach Art. 159. der Carolina.

Von

Herrn Dr. Hammer

in Greifswald.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XIV. im vorigen Stücke.)

Betrachten wir nun den gefährlichen Diebstahl, und zwar

II. den Diebstahl vermittelst Einsteigens (furtum audax).

Der Begriff des Einsteigens umfaßt jedes Eindringen in die inneren Räume eines Gebäudes auf eine ungewöhnliche Weise und auf einem Wege, der seiner Natur nach nicht zum Eingehen bestimmt ist. Wesentlich ist aber hierbei, daß dieses Eingehen für den Dieb selbst mit Schwierigkeiten verbunden sey, mag er nun Leitern oder andere Hülfsmittel zu dieser Art des Eindringens benutzen oder ohne solche sich auf seine körperliche Gewandtheit verlassen müssen. Wer durch eine Oeffnung in den äußersten Theilen eines Gebäudes, welche nach ihrer Beschaffenheit und Lage, als Weg in das Innere, ohne Mühe nicht benutzt werden kann, in ein Gebäude eindringt, von dem sagen wir, er sey eingestiegen. — Weil nun diese Art des Eindringens *in das* Innere der Gebäude für den Dieb sowohl schwierig *als* gefährlich, indem er im Fall der Entdeckung oft nur

mit Gefahr auf demselben Wege zurückgehen kann; so beweist ein durch diese Art des Eindringens vermittelter Diebstahl, daß der Dieb die eigene Gefahr nicht achtete und die Schwierigkeiten, die mit der Ausführung des Diebstahls verbunden, nicht scheute, daß also sein Wille und seine Entschlossenheit zu stehlen mächtiger, als die gegründete Besorgniß vor der Schwierigkeit der Ausführung und der Gefahr der Entdeckung. Daher nennt der Gesetzgeber den mit Einsteigen verübten Diebstahl einen „geflißnen", d. h. einen mit Berechnung, mit verbrecherischer Entschlossenheit und Bedachtsamkeit vollführten Diebstahl. Allein durch den Ausdruck „geverlicher Diebstall" bezeichnet der Gesetzgeber nicht blos die subjective verbrecherische Gesinnung des Diebes, dessen Bosheit, Hinterlist und alle die Eigenschaften, welche das Wort „geverlich" in Beziehung auf den Thäter ausdrückt, sondern er braucht dieses Wort zugleich auch in der objectiven Bedeutung von periculosus, Gefahr drohend, Gefahr bringend, und sagt damit, daß ein so ausgeführter Diebstahl die Sicherheit des Eigenthums aufs äußerste gefährde, was auch in dem Wesen dieses Diebstahls völlig begründet ist.

Beim Diebstahl vermittelst Einsteigens ist nun die Art des Eindringens, als ein die Verwegenheit und Entschlossenheit des Diebes bekundendes, schwer zu verhinderndes und dem Eigenthum der Staatsbürger die größte Gefahr drohendes —, das erschwerende und den Diebstahl qualificirende Moment. Da aber zum Begriff des Einsteigens nur die Benutzung einer, an den äußeren Theilen der Gebäude befindlichen, zum Eingehen ihrer Natur nach eben so wenig bestimmten als geeigneten Oeffnung, als Mittel zum Eindringen ins Innere der Gebäude — gehört —, da ferner der Gesetzgeber das Einsteigen überhaupt und im Allgemeinen den Diebstahl qualificiren läßt, so müssen wir auch jeden Diebstahl im Innern der Ge-

bäude, in welche der Dieb auf die angegebene Weise hineingekommen ist, als eines gefährlichen mit Einsteigen verübten Diebstahls ansehen und bestrafen. Daher ist es ganz ungegründet, nach dem Beispiele Böhmer's [7]) und anderer Criminalisten, zum Daseyn dieser Art des gefährlichen Diebstahls entweder die Anwendung von Leitern, oder das Einsteigen in die höheren Stockwerke zu fordern. Denn es ist für den Begriff des Diebstahls mit Einsteigen durchaus gleichgiltig, sowohl wie der Dieb das Einsteigen ausgeführt, ob mit Anwendung von Leitern, mit Hülfe von Bäumen, die am Gebäude hinaufragen, oder auf andere Weise — als auch in welchen Theil der Gebäude er eingestiegen ist, ob durch eine Oeffnung im Dache in die Bodenräume, oder durch den Schornstein in die Zimmer, oder durch par terre-Fenster in die untern Räume, oder endlich durch Kellerlukken in die Keller selbst. Das Gesetz giebt durchaus keine genauere Beschreibung jenes Einsteigens, deshalb müssen wir jedes Eindringen, welches dem allgemeinen und bekannten Begriffe des Einsteigens entspricht, für hinreichend halten, um den Diebstahl zu qualificiren und die im Art. 159. festgesetzten Strafen zu begründen. Gründet man aber die Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Arten des Einsteigens und den verschiedenen Theilen der Gebäude auf die subjective mehr oder minder verderbte und gefährliche Gesinnung und Bosheit des Diebes, die sich dadurch manifestiren soll; so sind die Worte des Gesetzes ein Spielball in der Hand des Richters, welcher nach seiner zufälligen individuellen Ueberzeugung die Gesinnung des Diebes beurtheilt, je nachdem er die eine Art des Einsteigens für schwieriger und gefährlicher hält als die andere.

---

7) Meditationes ad C. C. C. a. a. O. — ad Carpzow qu. 79. obs. 5.

Zum Begriff des Einsteigens wird aber auch ein wirkliches Eindringen in die inneren Räume der Gebäude erfordert; daher genügt es nicht, wenn der Dieb am Hause hinaufsteigt und durch eine, entweder schon vorhandene oder erst gemachte Oeffnung, mit der Hand aus dem Gebäude etwas herausnimmt oder gar nur am Gebäude befindliche Gegenstände entwendet. In diesen Fällen ist kein Einsteigen, sondern nur ein Steigen im Allgemeinen vorhanden, und dieses allein begründet keinen gefährlichen Diebstahl. Daß aber das Einsteigen an sich schon den Diebstahl qualificirt, ohne Rücksicht darauf, ob der Dieb Waffen oder Werkzeuge zum Einsteigen selbst, bei sich hatte, oder ob er in die untern Stockwerke einstieg, müssen Böhmer und dessen Anhänger selbst zugeben, wiewohl sie die gesetzliche Todesstrafe nur für die Fälle gelten lassen, wo der Dieb bewaffnet, oder durch die Art des Einsteigens das Leben und die Gesundheit der Hausbewohner gefährdete. Böhmer sagt nämlich in seinen Observat. ad Carpzov ad quaest. 79. obs. 5: „sola ascensione furtum qualificatum committi — et verba Carolinae evincunt et ratio textui inserta, comprobat." Dasselbe sagt Lauterbach [8]). Die neueren Criminalisten dagegen faßten auch hier den Sinn und Willen des Gesetzes schärfer und richtiger auf, indem sie das Einsteigen überhaupt, nach den Worten des Art. 159, als qualificirendes Moment des Diebstahls gelten ließen und die Anwendung der gesetzlichen Strafe dafür forderten. So Feuerbach, welcher in seinem Lehrbuch §. 336. sagt: „gleichgiltig ist es, da das Gesetz unbedingt redet, ob die Behausung bewohnt oder unbewohnt, der Ort besucht oder unbesucht ist, ob der Dieb in das obere

---

8) Consil. Juridic. Tubingens. Vol. IV. cons. 67. nr. 23. — und viele andere Schriftsteller.

oder untere Stockwerk, auf einer Leiter oder durch eine andere Vorrichtung eingestiegen, ob er hinab oder hinauf gestiegen." Ferner Klien Revision p. 416: „Hieraus ergiebt sich zugleich, wie ich über den Begriff des Diebstahls durch Einsteigen denke, daß ich ihn unter jeden Umständen für einen, durch die Carolina gesetzlich ausgezeichneten Diebstahl, halte." Aehnlich sprechen Salchow [9]), Henke und Roßhirt vom Diebstahl vermittelst Einsteigens. — Was übrigens oben vom Einbrechen zum Zweck des Herausgehens, so wie vom Versuch des Einbruchs und der Vollendung desselben, ohne wirkliche Entwendung, gesagt worden ist, gilt durchaus auch vom Diebstahl mit Einsteigen; dieses muß also zum Zweck des Eindringens in Gebäude in der Absicht zu stehlen, und vor der Entwendung selbst, geschehen seyn, wenn es den Diebstahl qualificiren und die gesetzliche Strafe des gefährlichen Diebstahls begründen soll. — Wenn aber der Dieb auf einer Leiter in Räume steigt, in welche die Bewohner selbst auf diese Weise gelangen; wenn er ferner diese Leiter am Gebäude selbst so angelegt findet, daß sie von den Bewohnern offenbar als Treppe und als gewöhnliches und einziges Mittel in gewisse höhere Räume des Gebäudes zu gelangen benutzt wird: so kann der hierdurch vermittelte Diebstahl keineswegs als Diebstahl mit Einsteigen gelten, denn der Dieb ist ja auf dem gewöhnlichen, von den Bewohnern selbst dazu benutzten Wege, in das Gebäude eingedrungen, sein Eingehen war kein ungewöhnliches, mit Schwierigkeit und Gefahr für ihn bewerkstelligtes, sondern das natürliche von den Bewohnern selbst auf diese Weise unternommene. Eben so wie derjenige nicht einsteigt, welcher die zur Thür des Hauses hinaufführende Treppe als Mittel zum Eingehen ins Haus benutzt, —

9) Siehe die oft angeführten Stellen.

kann auch jener Dieb nicht des Einsteigens beschuldigt werden, der sich der als Treppe dienenden Leiter zum Eingehen in die höheren Theile von Gebäuden auf dieselbe Art, wie die Bewohner selbst, bedient. Auch das Steigen in den Gebäuden selbst, z. B. vom untern in die oberen Stockwerke, qualificirt den Diebstahl nicht, denn das Gesetz spricht nur vom Einsteigen, um in das Innere von Gebäuden zu gelangen. — Wenn es aber manche Criminalisten für unmöglich halten, daß die Carolina den Diebstahl mit Einsteigen überhaupt, mit dem Tode bedroht und deshalb die Erfordernisse zu dieser Art des Diebstahls auf die künstlichste Weise vermehren und häufen, um nur die Todesstrafe für einigermaßen gerecht und der Größe des Verbrechens angemessen zu finden; — so verweise ich sie auf Jul. Clarus, welcher in seinen Sententiae libr. V. §. fin. pract. crimin. quaest. 68. §. 4. berichtet, daß zu seiner Zeit Jeder, welcher in der Nacht in eines Andern Haus einstieg, aus was für einem Grunde es auch geschehen mochte, mit dem Tode bestraft wurde.

Es bleibt uns für unsere Betrachtung noch:

III. der Diebstahl mit Waffen (furtum armatum).

Das wesentliche Erforderniß zum Daseyn eines bewaffneten Diebstahls ist: die Bewaffnung des Diebes beim Akt der Entwendung; der Auszeichnungsgrund aber dieser Art des Diebstahls ist im Art. 159. selbst klar und deutlich angegeben, es ist: die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung derer, die dem Diebe Widerstand thun, oder überhaupt ihn an der Begehung des Diebstahls und an der Flucht hindern wollen. Jene Gefahr der Verletzung findet aber ihr Daseyn und ihren Grund in den Waffen des Diebes, „damit er Jemandt verletzen möcht"; sie ist aber auch nur dann begründet, wenn die

Waffen von der Art sind, daß damit eine körperliche Verletzung vom Diebe vollführt werden kann. — Man hat lange und viel gestritten, was eigentlich unter den Waffen, welche das Gesetz als erforderlich zum bewaffneten Diebstahl angiebt, zu verstehen sey. Die meisten Juristen haben die Definition von Waffen, welche das Römische Recht an verschiedenen Stellen giebt, festgehalten und auch für das Deutsche Criminalrecht als geltend angenommen. Vergl. Kreß a. a. O. §. 2. nr. 2., Grassius[10]), Leyser[11]), Hommel[12]), Heimburg[13]), Koch[14]), Stelzer[15]), Marezoll[16]), Walch[17]). Das Römische Recht definirt aber die Waffen in folgenden Stellen: §. 5. Inst. 4. 18. — L. 3. §. 2. Dig. 43. 16. l. 54. §. 2. eodem. l. 56. §. 2. Dig. 47. 2. l. 11. §. 1. Dig. 48. 6. — hier heißt es: telorum autem appellatione, omnia ex quibus singuli homines nocere possunt, accipiuntur"; eben so allgemein mit: quod nocere potest" oder „omne quod nocendi causa habetur", werden auch an den andern genannten Stellen die Waffen bezeichnet. Andere Schriftsteller dagegen fassen den Begriff von Waffen enger, und zwar rechnen sie nur diejenigen Instrumente hierher, mit denen Jemand leicht getödtet werden kann. [Vergl. Püttmann, Elementa jur. crim. §. 464.] — Dabelow, Lehrbuch des peinl. Rechts §. 165, versteht unter Waffen nur solche Instrumente, welche im eigentlichen d. h. technologischen Sinne,

10) Collatio cons. Tubing. Vol. V. cons. 104. nr. 40.
11) Meditat. ad Pand. spec. 536. med. 18.
12) De furto armato §. 13.
13) Ibid. §. 14.
14) Institutiones jur. crim. §. 194. not. 2.
15) Lehrbuch §. 613.
16) Ebendas. §. 398. 1.)
17) Glossar. voce: Waffen.

Waffen genannt werden. Schierschmid, de furto qualificato, rechnet zu den Waffen sogar böse Hunde, welche der Dieb auf seine Gegner hetzen und auf diese Weise verletzen und verwunden könne. Böhmer[18]) und Meister[19]) lassen nur solche Werkzeuge als Waffen gelten, mit denen eine erhebliche, gefährliche Verletzung zugefügt werden kann. — Im Allgemeinen begreift man, nach Analogie des Römischen Rechts, unter Waffen jedes Werkzeug, wodurch das Leben und die Gesundheit eines Menschen Schaden leiden kann.

Diese Ansicht entspricht auch den Worten unseres Gesetzes, denn dieses sagt ganz allgemein, daß in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen sey, — eine solche Verletzung kann aber auch mit andern Instrumenten, als Waffen im technologischen Sinne, zugefügt werden. — Die wichtigste Frage nun, die in Beziehung auf den bewaffneten Diebstahl aufgeworfen werden kann, ist die: ob der Dieb die Waffen absichtlich und zum Zweck des Angriffs und der Vertheidigung bei sich haben muß, oder ob die Bewaffnung allein hinreicht, um einen gefährlichen Diebstahl zu begründen. Klien[20]) bemerkt in dieser Hinsicht: „Am wichtigsten für die Theorie und Praxis ist die Frage: ob die Bewaffnung allein zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls hinreicht, oder ob außer selbiger zum Thatbestande des Verbrechens auch der Vorsatz des Diebes vorhanden seyn muß, nach Befinden Widerstand zu thun. Wichtig ist diese Frage um deßhalb, weil, wie Jeder leicht einsehen wird, dann, wenn jener Vorsatz (animus laedendi) als wesentliches Merkmal erforderlich ist, man in

---

18) ad Carpzov qu. 79. obs. 1. u. Meditat. ad art. 159 §. 6.

19) Rechtliche Gutachten Th. I. Decis. 71.

20) Revision S. 422. Nr. 1.

mehreren Fällen zur ordentlichen Strafe nicht wird kommen können, weil freilich die Erörterung eines im Gemüth verborgen liegenden Entschlusses dem untersuchenden, — die Entscheidung, ob denn jener auch wirklich vorhanden gewesen sey, dem erkennenden Richter nicht selten schwer fallen und ihn beunruhigen muß, um so mehr, wenn hiervon Leben und Tod abhängt." [21]) Weil nun die Frage über die absichtliche Bewaffnung, als nothwendiges Erforderniß zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls, von so entscheidender Wichtigkeit für diese ganze Lehre, so war es auch seit den Zeiten Carpzow's das eifrigste Bestreben der Criminalisten, sich über den Willen des Gesetzgebers und dessen Worte im Art. 159 klar zu werden, und eine allgemeine feste Ansicht darüber zu gewinnen. Und wirklich ist man auch ziemlich einstimmig zu der Ansicht gekommen, daß die absichtliche Bewaffnung des Diebes, der animus laedendi, wesentliches Erforderniß zum Daseyn des bewaffneten Diebstahls sey; denn von allen Criminalisten, welche sich bei der Interpretation des Art. 159. beschaftigt haben, vertheidigt nur Feuerbach [21a]) und nach ihm Roßhirt [22]) die Ansicht, daß die Bewaffnung des Diebes allein hinreiche, die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung, und darum einen gefährlichen Diebstahl, zu begründen. Wiewohl nun noch neuerdings Marezoll [23]) behauptet, alle übrigen Criminalisten hätten sich mit Recht gegen Feuerbach erklärt, weil diesem sowohl die Wortfassung der Carolina, als die ratio legis und die Analogie des Röm. Rechtes (fr. 1. pr. Dig. 48. 8.), so wie die älteren deut-

---

21) Vergl. Henke Handb. Th. I. Bd. 2. S. 146. γ. 1.

21a) Lehrbuch §. 837. Not. 6.

22) Ebendas. §. 174. S. 385.

23) Das gemeine deutsche Criminalrecht S. 398. 1.

schen Strafgewohnheiten entgegenständen; so glaube ich doch, daß sich die Ansicht Feuerbach's sehr gut vertheidigen läßt und daß sie den Worten sowohl wie dem Geist der Carolina durchaus angemessen ist. Ich behaupte daher, daß die Absicht des Diebes sich der Waffen zur sicheren Ausführung seines Vorhabens zu bedienen, sein animus laedendi, keineswegs wesentliches Erforderniß des bewaffneten, gefährlichen Diebstahls, dessen charakteristisches Merkmal, die Gefahr der „Vergewaltigung und Verletzung" derer, „so dem Dieb Widerstand thun wollten", ist. Um erstlich die minder bedeutenden Einwände der Gegner zu beseitigen, so erhellt aus einer sorgfältigen Vergleichung unseres Gesetzes und der, von den Gegnern citirten Stelle des Römischen Rechtes (fr. 1. pr. Dig. 48. 8.): „lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit", daß zwischen diesen beiden Gesetzen nur eine formelle, durchaus nicht entscheidende Aehnlichkeit besteht, welche die Ansicht, daß die Bestimmung der Carolina auf jener Stelle des Römischen Rechtes basire und durch sie erklärt werde, durchaus nicht rechtfertigt. Das Römische Recht spricht ja auch nur vom Stehlen eines Bewaffneten im Allgemeinen, ohne gerade den Fall der absichtlichen Bewaffnung speciell anzunehmen, denn jenes „cum telo ambulare" bezieht sich auf Jeden, der mit Waffen versehen einen Diebstahl verübt; weil aber schon dieser Umstand, daß der Dieb Waffen hat, und die gerechte Besorgniß, daß diese in der Hand eines verbrecherisch gesinnten Menschen leicht Grund und Anlaß zu einer Verletzung oder Tödtung geben können — für die Menschen Gefahr drohend ist, so hat auch das Römische Recht den härter als mit der Privatstrafe des furtum bedroht, welcher, ermuthigt durch seine Vertheidigungsmittel, der Versuchung einen Diebstahl zu be-

mehreren Fällen zur ordentlichen Strafe nicht wird kommen können, weil freilich die Erörterung eines im Gemüth verborgen liegenden Entschlusses dem untersuchenden, — die Entscheidung, ob denn jener auch wirklich vorhanden gewesen sey, dem erkennenden Richter nicht selten schwer fallen und ihn beunruhigen muß, um so mehr, wenn hiervon Leben und Tod abhängt." [21]) Weil nun die Frage über die absichtliche Bewaffnung, als nothwendiges Erforderniß zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls, von so entscheidender Wichtigkeit für diese ganze Lehre, so war es auch seit den Zeiten Carpzow's das eifrigste Bestreben der Criminalisten, sich über den Willen des Gesetzgebers und dessen Worte im Art. 159. klar zu werden, und eine allgemeine feste Ansicht darüber zu gewinnen. Und wirklich ist man auch ziemlich einstimmig zu der Ansicht gekommen, daß die absichtliche Bewaffnung des Diebes, der animus laedendi, wesentliches Erforderniß zum Daseyn des bewaffneten Diebstahls sey; denn von allen Criminalisten, welche sich bei der Interpretation des Art. 159. beschaftigt haben, vertheidigt nur Feuerbach [21a]) und nach ihm Roßhirt [22]) die Ansicht, daß die Bewaffnung des Diebes allein hinreiche, die Gefahr der Vergewaltigung und Verletzung, und darum einen gefährlichen Diebstahl, zu begründen. Wiewohl nun noch neuerdings Marezoll [23]) behauptet, alle übrigen Criminalisten hätten sich mit Recht gegen Feuerbach erklärt, weil diesem sowohl die Wortfassung der Carolina, als die ratio legis und die Analogie des Röm. Rechtes (fr. 1. pr. Dig. 48. 8.), so wie die älteren deut-

21) Vergl. Henke Handb. Th. I. Bd. 2. §. 146. y. 1.

21a) Lehrbuch §. 337. Not. 6.

22) Ebendas. §. 174. S. 385.

23) Das gemeine deutsche Criminalrecht S. 298. 1.

schen Strafgewohnheiten entgegenständen; so glaube ich doch, daß sich die Ansicht Feuerbach's sehr gut vertheidigen läßt und daß sie den Worten sowohl wie dem Geist der Carolina durchaus angemessen ist. Ich behaupte daher, daß die Absicht des Diebes sich der Waffen zur sicheren Ausführung seines Vorhabens zu bedienen, sein animus laedendi, keineswegs wesentliches Erforderniß des bewaffneten, gefährlichen Diebstahls, dessen charakteristisches Merkmal, die Gefahr der „Vergewaltigung und Verletzung" derer, „so dem Dieb Widerstand thun wollten", ist. Um erstlich die minder bedeutenden Einwände der Gegner zu beseitigen, so erhellt aus einer sorgfältigen Vergleichung unseres Gesetzes und der, von den Gegnern citirten Stelle des Römischen Rechtes (fr. 1. pr. Dig. 48. 8.): „lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit", daß zwischen diesen beiden Gesetzen nur eine formelle, durchaus nicht entscheidende Aehnlichkeit besteht, welche die Ansicht, daß die Bestimmung der Carolina auf jener Stelle des Römischen Rechtes basire und durch sie erklärt werde, durchaus nicht rechtfertigt. Das Römische Recht spricht ja auch nur vom Stehlen eines Bewaffneten im Allgemeinen, ohne gerade den Fall der absichtlichen Bewaffnung speciell anzunehmen, denn jenes „cum telo ambulare" bezieht sich auf Jeden, der mit Waffen versehen einen Diebstahl verübt; weil aber schon dieser Umstand, daß der Dieb Waffen hat, und die gerechte Besorgniß, daß diese in der Hand eines verbrecherisch gesinnten Menschen leicht Grund und Anlaß zu einer Verletzung oder Tödtung geben können — für die Menschen Gefahr drohend ist, so hat auch das Römische Recht den härter als mit der Privatstrafe des furtum bedroht, welcher, ermuthigt durch seine Vertheidigungsmittel, der Versuchung einen Diebstahl zu be-

gehen, nicht widersteht. Wenn aber auch wirklich jene Stelle so erklärt werden kann, daß nur der Dieb, welcher zum Zweck des Stehlens sich bewaffnet, den Strafen der lex Cornelia de sicariis auf gleiche Weise wie der Mörder unterliegt, so wird auch hierdurch die selbständige Bedeutung unseres Gesetzes nicht gefährdet, denn es ist ja nur eine schwache Muthmaßung, daß der Verfasser der Carolina bei der Auffassung des Art. 159. an jene Stelle des Römischen Rechtes gedacht habe. Da nun aber der Art. 159. für sich schon hinlänglich verständlich, so kann der Sinn und die Bedeutung desselben nicht durch die Analogie des Römischen Rechtes umgestoßen werden, vorausgesetzt, daß das römische Recht eine dem Art. 159. entgegengesetzte Ansicht enthielte, was durchaus noch nicht erwiesen ist. Was ferner die alten deutschen Strafgewohnheiten betrifft, welche die absichtliche Bewaffnung des Diebes zum Begriff eines gefährlichen Diebstahls fordern sollen, so weiß ich in der That nicht, welche specielle ältere deutsche Strafgesetze man dabei im Auge hatte; denn in allen Quellen des ältern deutschen Strafrechts findet sich keine, den bewaffneten Diebstahl speciell betreffende Bestimmung, welche zur Erläuterung und Erklärung des Art. 159. dienen könnte. Eben so wenig spricht auch die ratio legis für die absichtliche Bewaffnung als nothwendiges Erforderniß zum gefährlichen Diebstahl, „der mit Waffen geschieht." Denn die ratio des Art. 159. ist offenbar die größere Strafbarkeit derjenigen Diebstähle, die durch die Art ihrer Verübung nicht allein dem Eigenthum, sondern auch andern Rechten der Staatsbürger, und zwar für den geflißnen gefährlichen Diebstahl im engern Sinne dem Recht auf Sicherheit und Schutz der Gebäude, für den bewaffneten Diebstahl dem Recht auf Schutz gegen Angriffe auf Leben und Gesundheit — Gefahr drohen. Nun wird aber das Leben und die Gesundheit der Men-

schen durch Jeden bedroht, der mit Waffen im Innern von Gebäuden einen Diebstahl begeht; denn es ist nur zu wahrscheinlich, daß der bewaffnete Dieb sich seiner Waffen gegen die zum Ort des Diebstahls kommenden Menschen bedienen werde, sey es um den Diebstahl selbst zu vollführen, sey es um sich selbst und die entwendete Sache gegen den Versuch der Festhaltung und Wiederabnahme zu vertheidigen. Auf die Absicht aber, die der Dieb bei der Bewaffnung hatte, kann es gar nicht ankommen, denn gesetzt, er dachte bei der Ergreifung der Waffen an deren Gebrauch, so fragt es sich doch, ob er nicht seinen Entschluß im Augenblick der möglichen Ausführung aufgegeben, ob nicht der Gedanke an deren Gebrauch bei Vollführung des Diebstahls selbst, ihm wieder entschwunden und die Größe seines Verbrechens ihn bewogen, von seiner anfänglichen Absicht abzustehen. Dagegen ist es mehr als wahrscheinlich, daß der Dieb, welcher weiß, daß er Waffen bei sich hat, mag er auch bei deren Ergreifung an nichts weniger als an einen Diebstahl oder den möglichen Gebrauch derselben bei der Vollführung gedacht haben — im Augenblick der Gefahr, wo es sich um sein Leben, um seine ganze Zukunft handelt, gleichsam instinctmäßig seine Waffen zur eigenen Vertheidigung oder, wenn das diebische Gelüst zu stark, zur Vollendung des Diebstahls selbst, gegen die ihn Betreffenden — gebrauchen werde. Die Gefahr für Menschenleben ist in beiden Fällen ganz dieselbe, denn der Dieb, welcher sich absichtlich bewaffnete, kann eben so leicht, wie der bewaffnete Dieb überhaupt, im Augenblick des möglichen Gebrauchs seiner Waffen vor der Größe seines Verbrechens zurückbeben und seinen Entschluß, sich der Waffen zu bedienen, aufgeben. Dagegen kann auch der Dieb, welcher ohne böse Absicht Waffen bei sich hat, im Augenblick der Gefahr seine Zuflucht zu den Waffen nehmen; bei diesem fallen Entschluß und Ausfüh-

rung in denselben Moment, während beim absichtlich bewaffneten Diebe der Entschluß, die Waffen zu gebrauchen, einige Zeit früher fällt. Dieser Unterschied in der Zeit des gefaßten Vorsatzes, die Waffen zu gebrauchen, ist doch sowohl in Beziehung auf die daraus den betreffenden Menschen erwachsende Gefahr, wie in Hinsicht auf die Strafwürdigkeit des Verbrechens selbst, ganz gleichgiltig. Denn das Gesetz sagt: „so ist in dem Diebstall der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen" — dies ist die ratio des bewaffneten Diebstahls; — nun liegt aber in den Worten: „so mit Waffen geschieht", nichts weiter, als die Voraussetzung, daß der Dieb Waffen hat, und es bedarf auch nichts weiter, um die Besorgniß einer Vergewaltigung und Verletzung zu begründen, da ja die Waffen allein, in der Hand eines Verbrechers, hinreichenden Grund zur Besorgniß geben. Daher ist in jedem Falle, mag der Dieb die Waffen absichtlich oder zufällig bei sich haben, ein bewaffneter Diebstahl vorhanden, denn es ist daraus eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen, weil der Dieb mit den Waffen (damit) „jemandt" der jm Widerstand thun wollt, verletzen möcht." — Nicht der Wille des Diebes, die Waffen zu gebrauchen, sondern schon die Möglichkeit, Gewaltthätigkeiten zu verüben, die ihm durch seine Waffen geboten ist, giebt zu der Besorgniß Anlaß, daß Menschenleben durch einen mit Waffen versehenen Dieb gefährdet werden möchten. Es ist ja doch nur die in dem Diebstahl mit Waffen liegende Gefahr einer Vergewaltigung und Verletzung, welche den Gesetzgeber bewogen hat und bewegen mußte, diese Art des Diebstahls mit besonders höher Strafe zu bedrohen; jene Gefahr ist aber stets vorhanden, wenn die Entwendung von einem bewaffneten Diebe vollführt wird, mag der Dieb schon bei der Ergreifung der Waffen an deren Gebrauch gedacht haben oder ihm dieser Gedanke erst

im Augenblick der möglichen Ausführung entstehen und mit dieser selbst zusammenfallen. Erwägt man ferner, daß die Absicht des Diebes, dessen animus laedendi, nur dann mit Sicherheit erkannt werden kann, wenn er die Waffen wirklich gebraucht hat, in jedem andern Falle aber nur mit mehr oder weniger innerer Wahrscheinlichkeit die absichtliche Bewaffnung präsumirt werden muß, so würde der Gesetzgeber für den bewaffneten Diebstahl ein Erforderniß aufgestellt haben, welches nie mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, denn der Gebrauch der Waffen ist anerkannt nichts wesentliches für den Begriff des bewaffneten Diebstahls; — sein Gesetz würde also an dem großen Fehler leiden, daß es unpraktisch sey, indem es zur Anwendung der gesetzlichen Strafe eine Unmöglichkeit, den Beweis der absichtlichen Bewaffnung, fordert. Der Angeklagte wird gewiß aber nur in den allerschlimmsten Fällen, selbst seinen animus laedendi eingestehen, der Richter also in allen übrigen Fällen nur die Vermuthung der absichtlichen Bewaffnung zur eigenen Rechtfertigung der vollen gesetzlichen Strafe, die er dem Diebe zuerkennt, haben, oder deshalb die volle Strafe gar nicht eintreten lassen. Um nun die gesetzliche Bestimmung mit ihrem eigenen Gewissen zu vereinbaren und das Gesetz für die Praxis anwendbar zu machen, nahmen die Criminalisten, welche die absichtliche Bewaffnung für wesentliches Erforderniß zum bewaffneten Diebstahl hielten, zu jenem Grundsatze ihre Zuflucht: der animus laedendi sey stets zu präsumiren, wenn der Angeklagte des Tragens von Waffen überführt sey; dadurch nun, daß sie dem Angeklagten eine Unmöglichkeit, nämlich den Gegenbeweis, den Beweis der nicht absichtlichen Bewaffnung aufbürdeten, suchten sie sich selbst aus der Schlinge zu ziehen und glaubten dem Gesetz und ihrem eigenen Gewissen genug gethan zu haben, wenn sie dem Angeklagten gestatteten, das Unmögliche möglich zu

machen, das heißt, sich vom Verdacht der absichtlichen Bewaffnung durch den Gegenbeweis zu reinigen.

Allein nicht blos die ratio des Gesetzes, die vernünftige und unbefangene Erwägung von dessen Anwendbarkeit, von dessen innerer Vernünftigkeit und Haltbarkeit — nein, auch die Wortfassung selbst, spricht für meine Ansicht, daß die Bewaffnung allein schon hinreicht zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls. Der Gesetzgeber sagt nämlich: „so eyn Dieb — Jemandts — in sein Behausung oder Behaltung mit Waffen, damit er jemandt der jm Widerstandt thun wollt, verletzen möcht, zum stelen eingeht" — dieses „damit er verletzen möcht" soll nun nach der Behauptung der Gegner die absichtliche Bewaffnung, soll den Grund und Zweck derselben ausdrücken und hieraus die Nothwendigkeit des animus laedendi zum Daseyn eines bewaffneten Diebstahls hervorgehen. Betrachtet man unbefangen diesen Satz: „mit Waffen, damit er jemandt verletzen möcht", so ergiebt sich eine doppelte Bedeutung desselben, was unmöglich geläugnet werden kann; denn einmal kann er so viel ausdrücken, als: „mit Waffen, um damit Jemand zu verletzen", dann aber auch: „mit Waffen, womit er Jemand verletzen könnte." Für die erstere Ansicht spricht der seit drei Jahrhunderten festgewurzelte Gerichtsgebrauch, für die letztere aber der Sprachgebrauch jener Zeit, wo die Carolina entstand, und der ganze Zusammenhang des Artikels in sprachlicher und logischer Hinsicht, abgesehen von der ratio des Gesetzes, die wir oben behandelt haben. — Untersuchen wir die sprachliche Bedeutung von mögen für die ältere Zeit; denn die gegenwärtige doppelte Bedeutung von mögen — einmal für geneigt seyn zu etwas, ein unbestimmtes Wollen, Können, Lust haben, dann für bedingtes Können, wahrscheinliches Geschehen und im Stande seyn — kann für die Erklärung von mögen in der ältern

Sprache nicht maßgebend seyn. — Im Althochdeutschen überhaupt ist mögen entschieden gleichbedeutend mit können, d. h. die physische Macht zu etwas haben, dies zeigt schon die Abstammung von Macht; — im Altdeutschen heißt daher auch unser mögen: mekan, d. i. können, vermögen, später erhielt es erst die Bedeutung von wollen. Vergl. Schmitthenner deutsches Wörterbuch S. 311. und Ziemann Mittelhochdeutsches Wörterbuch S. 259, wo es heißt: „mögen, mügen, megen: objective Möglichkeit bezeichnend, über etwas Macht haben, zu Jemands Besten oder Schaden, vermögen, können — ich mag, es ist an sich möglich, wahrscheinlich, daß ich, es steht mir frei." In dieser Bedeutung findet sich mögen tausendfach in den Reichsgesetzen und Schriften jener Zeit, eben so auch in der Carolina selbst. Vergl. Art. II: „welche personen von jrer güter wegen die peinlich gericht zu besitzen schuldig sein, und dasselb auß schwachheyt und gebrechlicheyt jhres leibs — nit besitzen noch verwesen mögen, so oft das not beschicht — soll der oder die selbe ander tüglich personen — an jr statt ordenen" —; Art. XI: „und wenn auch der gefangen mer denn eyner ist, soll man sie sovil gefenklicher behaltnuß halb sein mag, von eynander theilen, damit sie sich in wahrhafftiger sage mit eynander nit vereynigen oder wie sie ihre thatt beschonen wollen, underreden mögen." — Hier findet sich dieselbe Redensart: „damit sie nit mögen" wie im Art. 159, und hier ist die Bedeutung von: damit sie nicht können, hinreichend klar. Vergl. ferner Art. XIII: „item so der thetter der that von läugnen wer, aber deßhalben redlich entschuldigung, die je, wo er die bewieß, von peinlicher straff entledigen mochten, anzeigt", — hier bezeichnet mochten offenbar die Möglichkeit, das wahrscheinliche Geschehen, Können u. s. w.; — ferner Art. XIV: „so der klager nit bür-

machen, das heißt, sich vom Verdacht der absichtlichen Bewaffnung durch den Gegenbeweis zu reinigen.

Allein nicht blos die ratio des Gesetzes, die vernünftige und unbefangene Erwägung von dessen Anwendbarkeit, von dessen innerer Vernünftigkeit und Haltbarkeit — nein, auch die Wortfassung selbst, spricht für meine Ansicht, daß die Bewaffnung allein schon hinreicht zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls. Der Gesetzgeber sagt nämlich: „so eyn Dieb — Jemandts — in sein Behausung oder Behaltung mit Waffen, damit er jemandt der jm Widerstandt thun wollt, verletzen möcht, zum stelen eingeht" — dieses „damit er verletzen möcht" soll nun nach der Behauptung der Gegner die absichtliche Bewaffnung, soll den Grund und Zweck derselben ausdrücken und hieraus die Nothwendigkeit des animus laedendi zum Daseyn eines bewaffneten Diebstahls hervorgehen. Betrachtet man unbefangen diesen Satz: „mit Waffen, damit er jemandt verletzen möcht", so ergiebt sich eine doppelte Bedeutung desselben, was unmöglich geläugnet werden kann; denn einmal kann er so viel ausdrücken, als: „mit Waffen, um damit Jemand zu verletzen", dann aber auch: „mit Waffen, womit er Jemand verletzen könnte." Für die erstere Ansicht spricht der seit drei Jahrhunderten festgewurzelte Gerichtsgebrauch, für die letztere aber der Sprachgebrauch jener Zeit, wo die Carolina entstand, und der ganze Zusammenhang des Artikels in sprachlicher und logischer Hinsicht, abgesehen von der ratio des Gesetzes, die wir oben behandelt haben. — Untersuchen wir die sprachliche Bedeutung von mögen für die ältere Zeit; denn die gegenwärtige doppelte Bedeutung von mögen — einmal für geneigt seyn zu etwas, ein unbestimmtes Wollen, Können, Lust haben, dann für bedingtes Können, wahrscheinliches Geschehen und im Stande seyn — kann für die Erklärung von mögen in der ältern

Sprache nicht maßgebend seyn. — Im Althochdeutschen überhaupt ist mögen entschieden gleichbedeutend mit können, d. h. die physische Macht zu etwas haben, dies zeigt schon die Abstammung von Macht; — im Altdeutschen heißt daher auch unser mögen: mekan, d. i. können, vermögen, später erhielt es erst die Bedeutung von wollen. Vergl. Schmitthenner deutsches Wörterbuch S. 311. und Ziemann Mittelhochdeutsches Wörterbuch S. 259, wo es heißt: „mögen, mügen, megen: objective Möglichkeit bezeichnend, über etwas Macht haben, zu Jemands Besten oder Schaden, vermögen, können — ich mag, es ist an sich möglich, wahrscheinlich, daß ich, es steht mir frei." In dieser Bedeutung findet sich mögen tausendfach in den Reichsgesetzen und Schriften jener Zeit, eben so auch in der Carolina selbst. Vergl. Art. II: „welche personen von jrer güter wegen die peinlich gericht zu besitzen schuldig sein, und dasselb auß schwachheyt und gebrechlicheyt jhres leibs — nit besitzen noch verwesen mögen, so oft das not beschicht — soll der oder die selbe ander tüglich personen — an jr statt ordenen" —; Art. XI: „und wenn auch der gefangen mer denn eyner ist, soll man sie sovil gefenklicher behaltnuß halb sein mag, von eynander theilen, damit sie sich in wahrhafftiger sage mit eynander nit vereynigen oder wie sie ihre thatt beschonen wollen, underreden mögen." — Hier findet sich dieselbe Redensart: „damit sie nit mögen" wie im Art. 159, und hier ist die Bedeutung von: damit sie nicht können, hinreichend klar. Vergl. ferner Art. XIII: „item so der thetter der that von läugnen wer, aber deßhalben redlich entschuldigung, die je, wo er die bewieß, von peinlicher straff entledigen mochten, anzeigt", — hier bezeichnet mochten offenbar die Möglichkeit, das wahrscheinliche Geschehen, Können u. s. w.; — ferner Art. XIV: „so der klager nit bür-

gen haben mag" (Bürgen stellen kann); — ferner Art. XVI. XVIII. XXIII. XXV. Doch ich müßte fast alle Artikel der Carolina herschreiben, wollte ich alle Stellen, wo mögen in der von mir angenommenen Bedeutung gebraucht ist, hier anführen. So viel ergiebt sich aber aus dem bisher Gesagten, so wie aus dem Studium der Schriften jener Zeit, daß die mehr sinnliche, objective Bedeutung von mögen, analog dem Ursprunge und der Entstehung des Wortes selbst, die überwiegend häufigere und gewöhnlichere ist, während die einen geistigen Willensakt, ein Wünschen und Wollen bezeichnende Bedeutung von mögen sich erst im Laufe dieser und der spätern Zeit entwickelt und consolidirt. —

Zum richtigen Verständniß der Bestimmung über den bewaffneten Diebstahl ist es aber durchaus nothwendig, die einzelnen Theile des Artikels, welche den gleichen Gegenstand behandeln, richtig zu verbinden. Fassen wir nun die Stellen, welche von dem Begriff des bewaffneten Diebstahls handeln, zusammen, so erhalten wir folgenden Satz: „so (wenn) eyn Dieb inn — jemandts Behausung oder Behaltung — mit Waffen, damit er jemandt der jm widerstand thun wollt verletzen möcht, zum stelen eingeht, so ist in dem Diebstall der mit Waffen geschieht, eyner Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen." Nur in diesem Zusammenhange ist der einzeln stehende in seiner besondern Stellung unklare Satz: „so ist dem Diebstall" ꝛc., klar und verständlich, denn er erhält seine nähere Bestimmung durch die vorhergehenden Worte: „wenn ein Dieb — mit Waffen" —. Jenes: „wenn ein Dieb mit Waffen zum Stehlen eingeht", ist der Vordersatz, die Voraussetzung; dieses: „so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschieht", ist der Nachsatz, die Folge. Durch diese Auffassung wird der Sinn des Gesetzes durchaus klar und verständlich, und beide einzeln stehende

Bestimmungen über den bewaffneten Diebstahl erhalten ihre Berichtigung und Erklärung; denn der Gesetzgeber bestimmt ganz richtig: wenn ein Dieb mit Waffen zum Stehlen eingeht, so ist in einem solchen Diebstahl eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen, weil und in sofern er mit den Waffen (damit) Jemand, der ihm Widerstand thun will, verletzen kann. Der Folgesatz zu jenem: „wenn ein Dieb in Jemands Behausung bricht oder steigt", beginnt mit den Worten: „so ist der Diebstahl darzu gebrochen oder gestiegen wird ein geflißner gefährlicher Diebstahl", und weil nun der Gesetzgeber für den bewaffneten Diebstahl, dessen Begriff er oben gegeben, einen andern Auszeichnungsgrund angeben will, so bildet er zu jenem: wenn ein Dieb mit Waffen zum Stehlen eingeht, den neuen Nach- oder Schlußsatz: „so ist in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen." War doch der Anfang dieses Satzes „so ist" — den Auslegern der Carolina stets unverständlich; Grolman [24]) will deshalb für „so" „ebenso" setzen, allein diese Conjectur ist durchaus verwerflich, denn hätte der Gesetzgeber gesagt: „ebenso ist in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen", so würde das Gesetz erst recht unverständlich seyn, da die Partikel „ebenso" Gleichartiges verbindet, in dem vorhergehenden und folgenden Satze aber ganz verschiedene Auszeichnungsgründe für die verschiedenen Arten des gefährlichen Diebstahls angegeben werden. Jenes „so" ist daher am einfachsten und natürlichsten als Anknüpfung des Folgesatzes an den die Bedingung enthaltenden Satz: wenn ein Dieb mit Waffen, — als Uebergangs- und Vermittelungspartikel der beiden einzeln stehenden, aber einander be-

---

24) Bibliothek für prakt. Rechtswissensch. Bd. 2. St. 2. Nr. 2.

dingenden Sätze, welche vom bewaffneten Diebstahl handeln, — anzusehen. Durch diese Auffassung unseres Gesetzes erhält auch jenes so bestrittene: „damit er jemandt, der jm widerstandt thun wollt, verletzen möcht", seine Erklärung, es drückt nämlich den Grund und die Ursache aus, warum in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen und dieser Diebstahl so streng zu bestrafen ist. Wer nämlich mit Waffen als solchen Werkzeugen, mit denen er Jemand im Fall des Widerstandes verletzen möchte, zum Stehlen eingeht, ruft die Gefahr einer Verwundung und Tödtung für diejenigen, die zum Ort des Diebstahls kommen und den Dieb an der Ausführung der Entwendung oder an der Flucht hindern würden, hervor und ist deshalb einer größern Strafe schuldig. Die Waffen also, mit denen und weil mit ihnen der Dieb die zum Diebstahl kommenden Menschen verletzen oder tödten kann, begründen für den Dieb eine höhere Strafe. Dies ist der Sinn des Gesetzes, und wahrlich einfacher und klarer kann wohl ein Gesetzgeber den Begriff und das Wesen eines Verbrechens nicht ausdrücken. Die unbefangenste Betrachtung jenes Satzes beweist dessen innere Richtigkeit. Die böse Absicht des Diebes aber beim bewaffneten Diebstahl ist ein dem Gesetzgeber fremdes, für das Wesen, die ratio dieses Diebstahls durchaus gleichgiltiges Element, von ängstlichen Richtern zu Gunsten der Diebe gewaltsam in diese Lehre verwebt, aber ohne wirklichen Nutzen für die Angeklagten, weil die böse Absicht präsumirt werden soll, wenn der Gegenbeweis nicht geführt werden d. h. Unmögliches nicht möglich gemacht werden kann. — Jene Forderung der bösen Absicht zum bewaffneten Diebstahl hat aber die Juristen zu merkwürdigen Behauptungen und Folgerungen verführt, — hat sie zu Willkürlichkeiten veranlaßt, die gewiß im Gesetz nicht begründet sind und auf keine Weise

hinein interpretirt werden können. Man hat nämlich einige Fälle angenommen, wo der Gegenbeweis der bösen Absicht gar nicht erst geführt zu werden braucht, sondern wo die Präsumtion derselben ipso jure wegfällt; also von einem bewaffneten Diebstahl gar nicht die Rede seyn kann. Hierher rechnet man alle diejenigen Diebstähle, die von einem Menschen begangen werden, welcher die Waffen oder Werkzeuge, die er in seinem Stand oder Handwerke täglich zu führen pflegt, bei der Ausübung des Diebstahls bei sich hat. Wenn also ein Soldat mit den Waffen seines Berufs, ein Fleischer mit einem Fleischmesser, ein Zimmermann mit seiner Axt, ein Jäger mit einem Hirschfänger u. s. w. versehen, einen Diebstahl vollführt, so ist nach der Ansicht der Juristen kein bewaffneter Diebstahl vorhanden, denn jene Verbrecher pflegen ja dergleichen gefährliche Werkzeuge stets zu führen, es fällt also die Vermuthung weg, daß sie dieselben zum Zweck des Diebstahls ergriffen haben. Diese Vermuthung der bösen Absicht ist ja nur dann begründet, wenn der Dieb solche Werkzeuge beim Stehlen gehabt hat, die er im gewöhnlichen Leben nicht zu führen pflegt, die er also wahrscheinlich nur zur Ausführung des Diebstahls mit sich genommen hat. Allein die Worte des Art. 159: so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschieht, und des Art. 160: so aber ein Dieb mit Waffen als vorsteht, gestohlen hätt, beweisen hinreichend, daß auch dann ein bewaffneter Diebstahl vorhanden ist, wenn der Dieb des Gebrauchs seiner Waffen in Folge deren täglicher Führung wohl kundig ist. Mag daher der Dieb solche Waffen, deren Gebrauch er kennt, die er täglich führt, oder mag er ungewöhnliche Werkzeuge, welche die böse Absicht wahrscheinlich machen, bei der Ausführung des Diebstahls bei sich gehabt haben, — stets ist die Gefahr einer Vergewaltigung und Verletzung begründet und deshalb ein bewaffneter Diebstahl begangen

worden. Hat dagegen der Erfolg bewiesen, daß jene Gefahr einer Verletzung nicht begründet war, — hat sich der Dieb ergreifen lassen ohne sich seiner Waffen zu bedienen, so hat er zwar einen bewaffneten Diebstahl begangen, sobald er die Entwendung mit bewaffneter Hand vollendet; allein der thatsächliche Beweis, daß von ihm eine Vergewaltigung und Verletzung nicht zu besorgen, daß also der Auszeichnungsgrund dieser Art des Diebstahls: die Gefahr für Menschenleben, nicht vorhanden, — wird den Richter bewegen müssen, die volle Strafe des bewaffneten Diebstahls nicht eintreten zu lassen.

Einige Juristen haben auf Grund der Worte: „so ein Dieb mit Waffen zum Stehlen eingeht", behauptet, daß zum Begriff und Thatbestande des bewaffneten Diebstahls erforderlich sey, daß die Bewaffnung vor dem Eingehen selbst geschehe, daß der Dieb also bewaffnet eingehen müsse, um eines gefährlichen Diebstahls schuldig zu werden[25]). Allein dieser Ansicht widerspricht der Zusammenhang des Art. 159, so wie die ratio, das Wesen des bewaffneten Diebstahls. Das Gesetz sagt ja: „in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, ist eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen", und diese Worte sind offenbar das entscheidende Moment für die Charakterisirung dieser Art des gefährlichen Diebstahls, denn sie enthalten das Wesen, den Auszeichnungsgrund des bewaffneten Diebstahls. — Nicht das Eingehen mit Waffen ist es, nach den Worten und dem Sinn der Carolina, was den Diebstahl zu einem bewaffneten macht, — denn sonst würde ja nach einer strengen Interpretation schon derjenige einen bewaffneten

---

25) Vergl. Leyser Meditat. ad Pand. sp. 53. b. med. 13. Hommel Diss. cit. §. 14 u. 16. Püttmann Elementa jur. crim. §. 465. Bauer Lehrb. §. 252. Heffter Lehrb. S. 415. Mittermaier in Feuerbach's Lehrb. §. 337. Not. 1. Roßhirt Lehrb. §. 174. u. 5. Marezoll das gem. deutsche Criminalrecht S. 398. Not. 1.

Diebstahl begehen, welcher bewaffnet in ein Gebäude eingeht, aber vor der Ausführung der Entwendung selbst die Waffen ablegt und so ohne Waffen stiehlt; — sondern das Stehlen mit Waffen, das Tragen der Waffen beim Akt der Entwendung qualificirt den Diebstahl und begründet das Daseyn eines bewaffneten Diebstahls. Dies erhellt aus den Worten: „so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschieht", — und liegt auch in der Natur und dem Wesen dieses Diebstahls; denn die Gefahr der Verletzung und Vergewaltigung — der Auszeichnungsgrund des bewaffneten Diebstahls — ist immer begründet und vorhanden, wenn der Dieb bei der Entwendung selbst Waffen hat, weil zu besorgen ist, daß er, im Fall Menschen ihn überraschen, die Waffen gegen diese gebrauchen werde; — ob nun die Bewaffnung längere oder kürzere Zeit vor der Entwendung geschah, muß für das Daseyn jener Gefahr ganz gleichgiltig seyn, da sie ja dann stets vorhanden, wenn der Dieb bei der Ausführung der Entwendung Waffen hatte. Der Unterschied in der Zeit der Bewaffnung ist daher, wenn diese nur vor der Entwendung selbst geschah, ganz gleichgiltig, da ja zum Begriff und Wesen des bewaffneten Diebstahls nichts weiter als: Tragen der Waffen während der Entwendung, gehört. Wer also in ein Haus eingeht um einen Diebstahl zu begehen, dort Waffen findet, sie ergreift und mit ihnen einen neuen Diebstahl vollführt, ist eben so eines bewaffneten Diebstahls schuldig, wie der, welcher die Waffen schon ins Haus mitbrachte, denn in beiden Fällen ist die Gefahr einer Verletzung aller derer, die zum Ort des Diebstahls kommen und dem Dieb „Widerstand thun wollten" vorhanden, in beiden Fällen ferner der Diebstahl mit Waffen geschehen. Der an den Waffen selbst begangene Diebstahl ist natürlich nur ein gemeiner, mögen die Waffen Zweck der Entwendung überhaupt, oder Mittel zur

Ausführung eines neuen Diebstahls seyn. — Wer mit Waffen stiehlt, nicht: wer mit Waffen zum Stehlen eingeht, begeht einen bewaffneten Diebstahl, dies ist der deutliche Sinn der Carolina, und der Ausdruck „mit Waffen zum Stehlen eingeht" ist, wie Boehmer Meditat. ad C. C. C. ad art. 159. §. 7. bemerkt, nur für den gewiß häufigern Fall gebraucht, daß der Dieb die Waffen zum Diebstahl mitbringt; die Beschränkung des bewaffneten Diebstahls auf den Fall des bewaffneten Eingehens lag aber nicht im Willen des Gesetzgebers, denn er erweitert und bestimmt den Begriff desselben ganz genau durch die späteren Worte: „so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschieht", worunter der Fall des bewaffneten Eingehens ja mit enthalten ist. — Die eben dargestellte Ansicht hat auch ihre Vertheidiger gefunden in: Böhmer [26]), Heimburg [27]), Meister [28]), Stelzer [29]), Quistorp [30]), Winkler [31]), Dorn [32]), Koch [33]), Klein [34]), Klien [35]), Grolman [36]), Püttmann [37]), Salchow [38]), Henke [39]), Feuerbach [40]).

---

26) ad Carpzov qu. 76. obs. 1. — Meditat. ad art. 159. §. 8.
27) Diss. cit. §. 48 sq.
28) Principia jur. crim. §. 204. n. 2,
29) De furibus armatis §. 16. Lehrb. §. 613.
30) a. a. O. §. 351.
31) a. a. O. obs. I.
32) a. a. O.
33) a. a. O. §. 194.
34) a. a. O. §. 495.
35) Revision S. 430.
36) Criminalrechtswissenschaft §. 192.
37) Handbuch §. 464.
38) Lehrbuch §. 373.
39) Handbuch §. 146.
40) Lehrbuch §. 334.

Eben so wenig wie das Brechen und Steigen des Diebes nach vollführtem Diebstahl diesen qualificirt, — kann auch die Bewaffnung nach geschehener Entwendung den Diebstahl qualificiren und die gesetzliche Strafe des bewaffneten Diebstahls begründen. Verübt aber der Dieb auf der Flucht, oder nach der Entwendung überhaupt, Gewaltthätigkeiten mit Waffen, so wird er für diese eben so verantwortlich seyn, wie es jeder Andere für Verletzungen und Verwundungen ist. Hat der Dieb nun nach der Entwendung Waffen bei sich gehabt, so wird die Vermuthung entstehen, daß er sie auch bei der Entwendung selbst geführt habe, wiewohl es dem Richter überlassen werden muß, das Tragen von Waffen während der Entwendung zu erforschen, denn die Bewaffnung des Diebes nach der Entwendung beweist an sich nicht, daß wirklich der Diebstahl mit Waffen geschehen sey. — Wenn der bewaffnete Dieb aber vor der Entwendung Gewaltthätigkeiten an Personen, die ihn am Diebstahl hindern wollten, begangen hat, so trägt sein Verbrechen den Charakter des Raubes und wird daher nach den hierfür geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Ist die Gewaltthätigkeit nach der mit gewaffneter Hand vollführten Entwendung begangen worden, so concurriren beide Verbrechen, bewaffneter Diebstahl und Verletzung oder Verwundung, so daß die Strafe mindestens höher seyn muß, als die des bewaffneten Diebstahls allein.

Einige Juristen haben ferner behauptet, daß das Verbrechen des bewaffneten Diebstahls schon durch das Eingehen mit Waffen, in der Absicht zu stehlen, vollendet sey, ohne daß es dazu einer wirklichen Entwendung bedürfe. Vergl. Hommel[41]), Winkler[42]), Er-

41) a. a. O. §. 18. u. §. 24.

42) a. a. O. Obs. 2.

hardt[43]). Allein diese Behauptung hat viele Gegner gefunden, und muß, als dem Sinn des Gesetzes sowohl, wie dem Wesen dieses Verbrechens überhaupt widersprechend, verworfen werden[44]). Die neueren Criminalisten haben sich entschieden gegen diese Ansicht erklärt. — Jene Schriftsteller, wie Hommel, Winkler u. s. w. berufen sich auf fr. 7. Dig. 48. 8. wo es heißt: „in lege Cornelia dolus pro facto accipitur", allein schon Bynkershoek bemerkt in seinen Observationes (obs. III. n. 10.) über diese Regel des römischen Rechts: „cavendum est, ne persuaderi nobis patiamur, juris Romani regulam esse: in omnibus delictis publicis animum pro facto accipi neque etiam existimemus id utique in gravioribus obtinere criminibus." — In der Moral kann jener Grundsatz wohl Geltung und Anwendung finden, aber für das Criminalrecht muß dessen Giltigkeit entschieden geläugnet werden. Haben doch alle Gesetzgebungen besondere Grundsätze über den conatus aufgestellt, welche für diesen stets nur geringere Strafen wie für das vollendete Verbrechen selbst begründen. — Das Eingehen mit Waffen in der Absicht zu stehlen ist aber nichts anderes, als der Versuch eines bewaffneten Diebstahls, denn zum Begriff dieses Verbrechens gehört ja, wie schon der Name und Ausdruck bezeichnet, ein Diebstahl, d. h. eine wirklich vollendete Entwendung. Die Worte des Art. 159. selbst widerlegen aber die obige Behauptung, denn es heißt hier: „der Diebstahl sey groß oder klein, so ist doch", — woraus folgt, daß

---

43) Lehrbuch des Criminalrechts §. 377.

44) Vergl. schon Carpzov (l. c. quaest. 79. n. 56.). Faber (a. a. O. §. 23.). Kress (l. c. §. 2. n. 2.). Böhmer a. a. O. §. 195.). Heimburg (Diss. cit. §. 8 seq.). Püttmann Adversarius libr. II. cap. 23. und besonders: Hemmann Dissert. an poena capitalis in attentato furto qualificato locum habeat. Erfurt 1778.

der Gesetzgeber doch die Entwendung selbst vorausgesetzt hat; — ferner sagen die Worte: „so ist in dem Diebstahl der mit Waffen geschieht" — deutlich genug, daß von einer Entwendung, nicht vom Versuche derselben, die Rede ist.

In Beziehung auf den Ort, wo ein bewaffneter Diebstahl begangen werden kann, hat man die Frage aufgeworfen, ob auch der in unbewohnten Gebäuden, mit Waffen begangene Diebstahl für ein gefährlicher im Sinn unseres Artikels gehalten werden könne? was von Einigen deßhalb bezweifelt wird, weil in diesem Fall die Gefahr einer Vergewaltigung und Verletzung nicht vorhanden sey. Allein abgesehen davon, daß unser Gesetz von der Lage und Beschaffenheit der Gebäude nichts Näheres sagt, daher jedes Gebäude unter der im Art. 159. gebrauchten Bezeichnung: „Behausung oder Behaltung", verstanden werden kann — so ist doch auch kein Gebäude, wo Diebstähle begangen zu werden pflegen, so entfernt von Wohnungen und vom Aufenthalt der Menschen, daß nicht die Gefahr einer Verletzung begründet wäre. Uebrigens gehört ja zum Thatbestande des bewaffneten Diebstahls nur die mit Waffen vollführte Entwendung im Innern eines Gebäudes; der Umstand aber, daß Menschen hinzukommen und hierdurch die Gefahr einer Verletzung und Vergewaltigung realisirt wird, ist ja an sich etwas Zufälliges, in jedem einzelnen Falle mehr oder weniger Wahrscheinliches, und kann daher nicht als wesentliches Moment zum Daseyn eines gefährlichen Diebstahls gelten. Die Gefahr für Menschenleben ist nicht Bedingung, sondern eine Folge des bewaffneten Diebstahls, daher kommt für das Daseyn desselben die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, daß wirklich Menschen zum Ort des Diebstahls kommen werden, gar nicht in Betracht, da die Gefahr der Verletzung schon durch das Eintreten der Bedingung derselben, d. h.

durch die mit Waffen ausgeführte Entwendung in Gebäuden, hervorgerufen wird, zumal die Möglichkeit stets vorhanden, daß Menschen den Dieb bei der Begehung seines Verbrechens antreffen. Die Lage der Gebäude und der Umstand, daß sie bewohnt oder unbewohnt, ist daher für den Begriff des bewaffneten Diebstahls ganz gleichgiltig, denn dieser ist stets vorhanden, wenn Jemand in Gebäude eindringt und, bei der Ausführung eines Diebstahls in denselben, Waffen bei sich hat. Auf den Umstand aber, daß die Ankunft von Menschen mehr oder weniger wahrscheinlich, kann bei der Frage nach dem Daseyn und dem Begriff des bewaffneten Diebstahls nicht Rücksicht genommen werden.

Wenn Mehrere einen Diebstahl begehen und Alle bewaffnet sind, so leidet es keinen Zweifel, daß auch Alle eines bewaffneten Diebstahls schuldig sind. Aber auch wenn nur Einer oder Einige mit Wissen und Willen der Uebrigen Waffen führen, und die mit Waffen Versehenen selbstthätig an der Ausführung des Diebstahls mitwirken, — wird für Alle, die an der Entwendung, an Gefahr und Gewinn Theil genommen haben, die Strafe des gefährlichen Diebstahls begründet seyn. Denn wenn die Gefahr einer Vergewaltigung und Verletzung schon durch die Bewaffnung eines einzigen Diebes hervorgerufen wird, so ist sie gewiß in noch höherem Grade vorhanden, wenn Mehrere gemeinschaftlich einen Diebstahl begehen, bei dessen Ausführung einer oder einige der Theilnehmer Waffen hatten. Jene, welche selbst Waffen führen, sind gleichsam nur die Bevollmächtigten der Andern im Fall der Entdeckung, und stützen sich selbst wieder auf die Gegenwart und Hilfe ihrer Gefährten, — alle zusammen können daher als eine Einheit, als ein einziger Bewaffneter gelten, und *alle* muß daher die Strafe treffen, welche jedem einzelnen bewaffneten Diebe vom Gesetz angedroht ist, da ja jeder

Einzelne von den Waffen des Andern den Schutz erwartet, welchen ihm eigene Waffen gewährt haben würden.

Ueber die Gehilfen bei diesem Verbrechen gelten die allgemeinen Grundsätze.

§. 4.

Strafen des gefährlichen Diebstahls.

Im Art. 159. der Carolina schreitet der Gesetzgeber zur Bestimmung der Strafen für den gefährlichen Diebstahl mit folgenden Worten: „darum inn diesem fall, der mann mit dem strang, und das weib mit dem wasser, oder sunst nach gelegenheyt der personen, und ermessung des richters inn ander weg mit außstechung der augen, oder abhawung eyner handt, oder einer andern dergleichen schweren leibstraff gestrafft werden soll." — Der Art. 185. der Bambergensis, so wie die uns bekannt gewordenen Projecte der Carolina, haben nur die Todesstrafe mit Ausschließung der arbiträren Strafen. Erst auf dem Reichstage zu Augsburg, wo, wie es im Reichsabschiede zu Regensburg 1532 heißt, „die Halß- oder Peinliche Gerichts-Ordnung für die Hand genommen, mit zeitigem Rathschlag in noch bessere Ordnung gestellt" worden war, scheint jener Zusatz, welcher auch die arbiträre Strafe neben der bestimmten zuläßt, dem ursprünglichen Entwurf des Art. 159. hinzugefügt worden zu seyn. In der Brandenburgischen Peinlichen Gerichtsordnung findet sich dagegen der Art. 185. der Bambergensis unverändert (s. Art. 187.), und zwar heißt es da nur: „darum soll in diesem Fall der Mann mit dem Strang, und das Weib mit dem Wasser, vom Leben zum Tod gestraft werden." Die Hessische Peinliche Gerichts-Ordnung dagegen, stimmt im Art. 109. mit dem Art. 159. der Carolina durchaus überein. Die Geschichte der Veränderungen, die der Art. 159. in Beziehung auf die Strafbe-

stimmungen erlitten, beweist uns nun zweierlei: einmal, daß der Regel nach der gefährliche Diebstahl mit dem Tode bestraft werden soll, — denn diese Regel findet sich in den Quellen des Art. 159. und ist in diesem selbst durch jenen Zusatz, der die arbiträre Strafe zulässig macht, nicht aufgehoben, — und dann, daß der gefährliche Diebstahl nicht unter allen Umständen mit dem Tode zu bestrafen ist, sondern daß der Richter auch wegen gewisser Umstände, mögen sie aus der Art des Verbrechens oder aus der Person des Verbrechers hergenommen seyn, eine willkürliche, jedoch stets schwere Leibesstrafe über den des gefährlichen Diebstahls Schuldigen verhängen könne. Hierdurch wird die von Heimburg [1]) und Kleinschrod [2]) vertheidigte Ansicht, daß die Strafe des gefährlichen Diebstahls überhaupt der Willkür des Richters überlassen und gar keine bestimmte Strafregel im Art. 159. aufgestellt sey, widerlegt. Kleinschrod sagt nämlich in seinen Abhandlungen aus dem peinlichen Recht a. a. O.: „nun aber sind die Worte des Artikels so klar und deutlich, daß man den ganzen Satz für eine Regel halten, und annehmen muß, die Strafe des gefährlichen Diebstahls sey der Willkür des Richters überlassen." Aber gerade weil die Worte des Gesetzes: „so klar und deutlich", müssen wir die Ansicht von Kleinschrod für unbegründet halten; denn nicht nur, daß in den Worten: „darum in diesem Fall der Mann mit dem Strang, und das Weib mit dem Wasser — gestraft werden soll", ganz gewiß die Regel enthalten ist, daß der gefährliche Diebstahl in diesem Fall, d. h. wenn die vorher angegebenen Erfordernisse des gefährlichen Diebstahls vorhanden, mit dem Tode bestraft werden soll, — so beweisen auch die Endworte des Art. 160: „wo aber

---

1) Diss. cit. §. 78.

2) Abhandlungen aus dem peinl. R. Betrachtung VII. §. 2.

der Dieb zu solchem Diebstahl gestiegen oder gebrochen, oder mit Waffen als vorsteht, gestohlen hätt', so hätt' er damit, wie obgemelt, das Leben verwirkt", hinreichend klar und deutlich, daß im Art. 159. (wie obgemeldt) die Todesstrafe als Regel für den gefährlichen Diebstahl ausgesprochen worden ist. Heimburg verweist den Richter bei der Bestrafung des gefährlichen Diebstahls auf die Grundsätze der Imputation und läßt auch keine bestimmte regelmäßige Strafe zu. Uebrigens hat sich die Praxis der früheren Jahrhunderte, so wie auch die Theorie der neuern Zeit entschieden gegen jene Behauptung ausgesprochen, indem man früher in der Praxis und jetzt wenigstens bei der theoretischen Behandlung des Art. 159. anerkannt hat, daß der Tod für den gefährlichen Diebstahl nach dem Willen des Gesetzgebers die Regel bildet. — Andere Schriftsteller, wie Tabor[3]), Grassius[4]) und Berger[5]), wollen gar die arbiträren Strafen nur für Weiber gelten lassen, während der männliche Dieb stets mit dem Tode bestraft werden müsse. Die sehr schwachen und unhaltbaren Gründe jener Schriftsteller für diese Behauptung hat schon Böhmer (Medit. l. c) hinreichend widerlegt, daher ist es nicht nöthig, daß wir diese leichte und unersprießliche Arbeit von Neuem unternehmen.

Die Carolina hat also für den gefährlichen Diebstahl als Regel die Todesstrafe festgesetzt, läßt aber dem richterlichen Ermessen zwischen dem Tode und einer schweren Leibesstrafe für den Fall die Wahl, daß die Erfordernisse des gefährlichen Diebstahls nicht in dem Grade vorhanden oder der Thatbestand nicht so klar erwiesen, wie es die Anwendung einer so hohen Strafe nothwendig machen muß. —

3) Racemationes ad art. 159. §. 24 sq.

4) Collatio — sectio 13. pag. 9.

5) *Electa jur. crim.* cap. II. §. 1.

Allein man hat gezweifelt, daß die Todesstrafe für alle drei Arten des gefährlichen Diebstahls durch Einbrechen, Einsteigen oder Stehlen mit Waffen, gleichmäßig gelte; so haben einige Juristen nur für den bewaffneten Diebstahl, andere wieder nur für den gefährlichen und zugleich großen Diebstahl, die Todesstrafe als gesetzliche Regel anerkannt. Aber die Worte und der Sinn der Carolina beweisen unwiderlegbar, daß für jeden der drei im Art. 159. beschriebenen gefährlichen Diebstähle der Tod die regelmäßige Strafe ist, welche nach dem Willen des Gesetzgebers stets eintreten soll, sobald die oben angegebenen Erfordernisse der einzelnen Arten dieses Diebstahls vorhanden und erwiesen sind. — Diejenigen, welche die Todesstrafe nur für den Diebstahl mit Waffen als gesetzliche Regel anerkennen, berufen sich auf die Worte: „darum inn diesem fall", und schließen aus der unmittelbaren Verbindung dieser Worte mit denen, welche den Diebstahl „der mit Waffen geschieht" behandeln, daß unter „diesem fall" nur der zuletzt beschriebene, bewaffnete Diebstahl zu verstehen sey, während die Strafen für den Diebstahl mit Einbruch oder Einsteigen erst in den Worten „oder sunst nach gelegenheit der personen" — enthalten seyen. Dieses „oder sunst" soll sich auf die Diebstähle mit Einbruch und Einsteigen beziehen, während durch die Worte: „in diesem fall", der bewaffnete Diebstahl bezeichnet worden sey. Aus dieser Behauptung folgt, daß der Diebstahl mit Waffen stets mit dem Tode, die beiden andern Arten des gefährlichen Diebstahls dagegen stets nur mir arbiträren Strafen belegt werden müßten. Schon Remus scheint den Art. 159. so verstanden zu haben, denn er übersetzt: „ideo quia vis a tali fure cum telo accedente, metuenda est, si vir fuerit suspendio, si femina, submersione puniendi sunt." Hommel suchte in der angeführten Dissertation diese Ansicht zu vertheidigen, und Dorn

trat in seinem Praktischen Commentar S. 428. dessen Grundsätzen bei. — Bei einer flüchtigen Durchlesung des Art. 159. scheint allerdings jene Behauptung gerechtfertigt durch die Worte: „darum in diesem fall", allein bei einer näheren Betrachtung des Gesetzes schwindet auch der Schein von Wahrheit, der die Wortfassung der Carolina jener Ansicht verliehen. — Ich will hier die Worte eines Meisters im Criminalrecht anführen, welcher die Hommel'sche Behauptung durch die Consequenzen derselben niederschlägt. Grolman in der Bibliothek f. P. Rechtswissenschaft Bd. I. Nr. 2. S. 52. bemerkt nämlich über die Ansicht von Hommel, daß die Todesstrafe nur für den Diebstahl mit Waffen gelte: „es fällt in die Augen, daß, wenn diese Behauptung begründet wäre, der Artikel gar keinen vernünftigen Sinn hätte, denn es wäre ja dann in demselben von noch zwei Fällen geredet worden, ohne daß man eigentlich sagen könnte, warum?! Es wären dann in dem Artikel dreierlei Arten von Diebstahl aufgezählt, wären die Gründe angegeben worden, warum in diesen drei Fällen gerade das Wesentliche, welches sie zu diesen Fällen macht, von dem Richter vorzüglich berücksichtigt werden, warum alsdann alle die übrigen Rücksichten, welche sonst bei der Strafe des Diebstahls entscheidend sind, als minder wichtig betrachtet werden sollen, — und endlich, nach allen diesen Vorbereitungen wäre von zweien dieser Fälle dennoch nichts gesagt worden. Es wäre dann, was das Wichtigste ist, selbst in der Ueberschrift des Artikels angekündigt worden, daß hier von zwei Arten der gefährlichen Diebstähle gehandelt werden würde, es wäre im Voraus auf die größere Strafwürdigkeit dieser beiden Fälle aufmerksam gemacht worden, es wäre hierauf in dem vorbereitenden Theile des Gesetzes noch ein dritter Fall den beiden genannten gleichgeachtet, und nun endlich im dispositiven Theile nur von diesem neu hinzuge-

kommenen Falle gehandelt, die beiden andern aber schändlich vergessen worden." — Diesen Worten Grolman's fügen wir noch Folgendes zur Vertheidigung unserer Ansicht hinzu. Die unmittelbare Verbindung der arbiträren Strafen mit der als Regel aufgestellten Todesstrafe beweist, daß beide sich auf ein und denselben Fall beziehen, und daß die eine nur dann eintreten kann, wenn die Anwendung der andern, im einzelnen Falle, aus Gründen der Gerechtigkeit unmöglich wäre. Wäre nur die Todesstrafe für den Diebstahl mit Waffen, allein, angeordnet, so würde sich auch die arbiträre Strafe nur auf diesen beziehen können, weil diese nur die bestimmte Strafe ergänzt und den Richter befähigen soll, auch für den Fall, daß die bestimmte gesetzliche Strafe wegen gewisser Umstände dem Verbrechen nicht angemessen, auf der Basis des Gesetzes sein Straferkenntniß zu begründen. Der Gesetzgeber würde aber dann gar keine Strafe für die beiden andern eben behandelten Fälle des gefährlichen Diebstahls verordnet haben und der Richter dadurch genöthigt werden, jene beiden Arten des gefährlichen Diebstahls entweder nach denselben Grundsätzen, wie den im Gesetz jenen gleichgestellten Diebstahl mit Waffen, zu beurtheilen oder ganz nach Willkür ohne irgend einen gesetzlichen Anhaltspunkt diese Verbrechen zu bestrafen. Der letzte Fall ist aber undenkbar, weil er dem Zweck der Gesetzgebung überhaupt zuwider, im ersten Falle aber würde das Resultat dasselbe seyn, welches der Verfasser der Carolina leichter dadurch, daß die Strafbestimmungen für alle drei Arten des gefährlichen Diebstahls gemeinsam gelten sollen, erreichen wollte und konnte. Erwägt man ferner, daß nach dem Entwurf unseres Artikels, so wie nach der Bambergensis, überhaupt nur eine bestimmte Strafe — der Tod — für den gefährlichen Diebstahl verordnet ist, diese aber sich unmöglich auf den Diebstahl mit Waffen allein beziehen kann, weil sonst die beiden an-

dern Arten des gefährlichen Diebstahls ganz vergessen und ohne gesetzlich bestimmte Strafe gelassen worden wären, — so wird es wohl Jedem einleuchtend werden, daß die Behauptung Hommel's unmöglich begründet seyn kann. Dies wird noch gewisser durch die Worte des Art. 160: „wo aber der Dieb zu solchem Diebstall gestiegen oder gebrochen, oder mit Waffen, als vorsteht, gestolen hätt, so hätt er damit, wie obgemelt, das Leben verwirkt." Hier sagt ja der Gesetzgeber ausdrücklich, daß der Dieb in jedem der drei Fälle, Einsteigen, Einbrechen und Stehlen mit Waffen, eine gleiche Strafe zu erwarten, daß er das Leben verwirkt habe. So wie nun für jede der drei Arten des gefährlichen Diebstahls der Tod als bestimmte regelmäßige Strafe angeordnet ist, so gelten auch für alle drei gemeinschaftlich die im Gesetz aufgestellten Grundsätze über die arbiträre, außerordentliche Strafe, eine Beschränkung dieser auf einzelne Arten des gefährlichen Diebstahls ist widersinnig, ist dem Geist wie den Worten des Artikels widersprechend. Die Worte: „darum inn diesem fall", schließen sich daher nicht sowohl an den eben vorhergegangenen Satz, sondern an den vorbereitenden, den Begriff der verschiedenen Arten des gefährlichen Diebstahls entwickelnden Theil des Gesetzes überhaupt an; sie bilden den Uebergang der Darstellung des Wesens und Thatbestandes des gefährlichen Diebstahls zur Strafe desselben. Der Gesetzgeber will damit nichts anderes sagen, als: im Fall diese Diebstähle auf die angegebene Weise begangen werden, im Fall die Erfordernisse eines gefährlichen Diebstahls vorhanden sind, — soll der Mann mit dem Strang u. s. w. Anstatt weitläuftig und freilich präcis zu sagen: „darum im Falle einer dieser eben beschriebenen Diebstähle vorhanden ist, soll der Mann —" drückt er sich kürzer aus durch die Worte: „in diesem fall", worin er gleichsam alles das *recapitulirt*, was er über den Thatbestand der drei Arten

des gefährlichen Diebstahls gesagt hat. Den Gegensatz zu den Worten: „in diesem fall“, bildet der Ausdruck: „oder sunst.“ Hat nämlich der Gesetzgeber durch jene Worte: „in diesem fall“, den Fall vorausgesetzt, und berechnet, daß Alles, was zu einem gefährlichen Diebstahl gehört, wirklich vorhanden und klar erwiesen, dem Richter also kein Zweifel weder über das Daseyn eines gefährlichen Diebstahls, noch über die Strafwürdigkeit des Verbrechers, bleiben kann, — und hat er in Beziehung hierauf verordnet, daß die regelmäßige Strafe „in diesem fall“ eintreten soll, — so denkt er sich unter den Worten „oder sunst“ den andern möglichen Fall, daß zwar das Daseyn eines gefährlichen Diebstahls erwiesen, allein der Richter wegen besonderer Verhältnisse, — mögen sie aus der Art des Vergehens, aus einigen Zweifeln über den wirklichen Thatbestand, oder aus der Persönlichkeit des Verbrechers herrühren, — im Zweifel ist, ob es dem Geist des Gesetzes, ob es der Gerechtigkeit angemessen sey, eine so schwere Strafe, wie der Tod ist, über den Angeschuldigten zu verhängen; — um nun auch hier dem Richter einen festen Boden durch gesetzliche Vorschriften zu sichern, um möglichst vollständig für alle Fälle der Praxis dem Richter im Gesetz einen festen Anhaltspunkt zu geben — verordnet der Gesetzgeber ausdrücklich, daß der Richter nach seinem Ermessen entscheiden möge und dürfe, ob die Todesstrafe oder eine andere schwere Leibesstrafe für den einzelnen Fall angemessen und anwendbar sey. — Der Gesetzgeber sagt ferner, der Richter solle nach Gelegenheit der Personen das Verbrechen des gefährlichen Diebstahls bestrafen; hiermit kann natürlich nichts Anderes gemeint seyn, als daß die Individualität des Diebes, vielleicht seine Jugend, frühere gute Lebensweise und dergleichen, was sonst als Milderungsgrund angesehen wird, von dem Richter berücksichtigt werden soll. Vielleicht daß

der Dieb: „eyn solche ansehnliche person, dabei sich besserung zu verhoffen", wie der Art. 138. sagt, oder daß die Art der Verübung den Dieb als einen nicht so gefährlichen und verderbten Menschen bekundet, daß er zum allgemeinen Besten für immer unschädlich gemacht werden müßte. Dem Urtheile, der Einsicht des Richters ist hiermit ein großer Spielraum gelassen, nur soll er nach den Worten des Gesetzes nicht unter einer „schweren leibstraff" erkennen. — Daß der Gesetzgeber nicht, wie Zieritz[6]) meinte, den Stand und die Würde des Diebes berücksichtigt wissen will, versteht sich von selbst. —

Fassen wir nun das Resultat unserer ganzen Abhandlung in einige, das Wesentliche und das Charakteristische der gesetzlichen Bestimmungen über den gefährlichen Diebstahl enthaltende Sätze zusammen, so würde der Art. 159. so ausgedrückt und verstanden werden müssen:

„Wenn ein Dieb in Jemands Haus oder Gebäude überhaupt, bei Tag oder bei Nacht auf eine ungewöhnliche Weise eindringt, sey es durch gewaltsame Oeffnung der äußeren Verwahrungsmittel (brechen), oder durch Benutzung vorhandener, zum Eingehen ihrer Natur nach nicht bestimmter, Oeffnungen (einsteigen, eindringen, durch Klettern, Kriechen u. s. w.), — so ist der durch dieses Eindringen vermittelte Diebstahl ein geflißner gefährlicher, d. h. ein Diebstahl, welcher durch die Schwierigkeit und Gefahr der Ausführung einen hohen Grad von Festigkeit in dem Willen, sich fremdes Eigenthum anzumaßen, bekundet und der Sicherheit des Eigenthums die äußerste Gefahr droht.

Wer ferner in ein Gebäude eingeht, um zu stehlen und bei der Entwendung selbst Waffen führt, bedroht

---

6) Commentarius ad C. C. C. art. 159.

hierdurch nicht nur das Eigenthum, sondern auch Leben und Gesundheit der Staatsbürger, weil der Dieb mit den Waffen Jemand, der ihm Widerstand thun oder ihn ergreifen wollte, verletzen könnte. Wer nun einen der genannten Diebstähle vermittelst Einbrechen, Einsteigen oder mit Waffen vollführt, erleidet als gesetzliche Strafe den Tod, mag dieser Diebstahl der erste oder ein wiederholter seyn, mag der Werth der entwendeten Sachen 5 Solidi übersteigen oder nicht; ebenso ist es gleichgiltig, ob der Dieb bei diesem Diebstahl entdeckt und ergriffen wurde, oder nicht. Doch kann der Richter anstatt des Todes eine schwere Leibesstrafe über den Angeklagten verhängen, sobald ihm wegen der Person des Verbrechers oder der Art der Ausführung des Diebstahls dies angemessen scheint.

XXI.

Ueber
den neuesten Zustand der gerichtlichen Medicin
und die
Benutzung naturwissenschaftlicher Forschungen in gerichtlichen Fällen.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI. u. XV. in den vorigen Stücken.)

Ehe wir das Ergebniß der Leistungen der gerichtlichen Medicin in einzelnen Theilen des Strafrechts prüfend darstellen, muß auch von demjenigen, was neuerlich in Italien für dies Fach wissenschaftlich geleistet wurde, Nachricht gegeben werden. Italien ist das Land, in welchem ein noch jetzt mit Recht genannter großer Arzt, Paul Zacchia, schon am Anfang des 17ten Jahrhunderts ein bedeutendes Werk über gerichtliche Medicin durch seine Quaestiones medico legales (zuerst 1621 in Rom gedruckt) herausgab. Zacchia (geboren 1584, gestorben 1659) war Leibarzt des Papst Innocenz X. und Protomedico des Kirchenstaats. Auf ähnliche Weise verdankt auch einem großen sicilianischen Arzte, Fortunatus

Fidelis, dessen Werk 1602 zuerst erschien, unsere Wissenschaft ihre Ausbildung. Nie fehlte es auch später in Italien an bedeutenden, leider von den Ausländern nicht hinreichend gekannten Schriftstellern über gerichtliche Medicin[1]). Die Namen: Tortosa, Chiappari, Michelotti, Martini, verdienen noch immer mit Achtung genannt zu werden. Vorzüglich wurde Barzellotti (geboren 1768, gestorben 1839) auf das Studium der gerichtlichen Medicin einflußreich. Barzellotti war ein großer Arzt, ein ausgezeichneter Lehrer der Medicin in Siena und später in Pisa, sein Werk ist noch jetzt in den Händen aller italiänischen Praktiker. Dies Werk: Medicina legale secondo lo spirito delle leggi civili e penali vigenti nei Governi d'Italia, erschien zuerst 1818 in Pisa. Später erschienen neue Auflagen, insbesondere eine mit vielen Anmerkungen von Rossi in Bologna 1823, und später in Milano 1832. Die bedeutendste Ausgabe aber in 4 Bänden erschien in Mailand 1840, besorgt von Hrn. Bianchi, einem leider zu früh verstorbenen sehr kenntnißreichen Arzt, der sehr viele Anmerkungen, insbesondere auch viele auf Einrichtungen und Zustände der Lombardei bezügliche Zusätze beifügte. Nicht verschweigen dürfen wir, daß zwar in dem Fache der gerichtlichen Medicin, ebenso wie in allen übrigen Zweigen der Wissenschaft, in Italien längere Zeit die Schriftsteller sich nur auf die Benutzung desjenigen sich beschränkten, was in Frankreich geleistet wurde. Die Werke über gerichtliche Medicin von Mahon Foderé, Orfila waren allgemein gebraucht und übersetzt; die eigene selbstständige Forschung ruhte in Italien, und mit Bedauern bemerkte man, daß die Originalität der wissenschaftlichen Leistungen in den

1) In einer Schrift des Professor Speranza, Discorso sulla dignità della medicina legale. Parma 1833, finden sich interessante literär-historische Nachrichten.

Hintergrund trat. Erst in neuester Zeit spricht sich die Ueberzeugung auch bei den medicinischen Schriftstellern Italiens allgemeiner aus, daß es den Italiänern an den Eigenschaften nicht fehle, welche tüchtige Leistungen verbürgen. Das noch immer am meisten von den Gerichtsärzten und den Richtern gebrauchte Werk über gerichtliche Arzneikunde ist das von Barzellotti. Auf eine systematisch wissenschaftliche Darstellung ist darin nicht zu rechnen; man erhält nur eine Reihe von Abhandlungen des Verfassers über die wichtigsten Fragen der gerichtlichen Medicin in fünf Bücher abgetheilt, von denen jedes einen auffallenden Titel hat. Das erste Buch handelt von der Afrodisiologia e Venere forense (dort werden die Fragen über den Anfangspunkt der Zeugungsfähigkeit, über Impotenz, über Zeichen der Jungfrauschaft, über Schwangerschaft, Abtreibung der Leibesfrucht, über die Befugniß des Arztes zur Perforation, über Lebensfähigkeit behandelt). Das zweite Buch heißt Embiologia forense und handelt von der Zerstörung des Lebens, dabei von dem Scheintode, von den Kennzeichen des im Mutterleibe erfolgten Todes des Kindes, über die Fälle wo ein neugebornes Kind während der Geburt um das Leben kommt, über Todesursachen bei neugebornen Kindern; über Kennzeichen, ob der Tod bei Erhenkten, Erstickten und durch Selbstmord, oder natürliche Ursachen, oder auf verbrecherische Weise herbeigeführt wurde. Das dritte Buch unter der Aufschrift: Paranologia forense, enthält die Lehre von den Seelenstörungen. Das vierte Buch erörtert die Toxikologie in gerichtsärztlicher Hinsicht, und das fünfte Buch, Chirurgia forense genannt, spricht von Tödtungen und Verwundungen. Da Barzellotti selbst ein bedeutender Arzt war, der vielfache Gelegenheit zu Beobachtungen hatte, und die Wissenschaft *genau kannte*, so sind seine Entwickelungen sehr

werthvoll; wir werden unten auf die Ansichten des Verfs. über einzelne Lehren zurückkommen. Wesentlich hat aber das Werk durch die Anmerkungen von Bianchi gewonnen, da der Herausgeber die Fortschritte der Medicin und Chirurgie in allen Ländern genau kannte und zur Ergänzung der Erörterungen von Barzellotti benutzte, so daß in der neuen Ausgabe eine treue und vollständige Darstellung der gerichtsärztlichen Fragen nach dem Standpunkte der Wissenschaft und Erfahrungen vorliegt. Bianchi begnügte sich auch nicht, in seinen zahlreichen Noten nur das von Andern Gesagte darzustellen; er prüft selbstständig und zergliedert insbesondere die Ansichten von Barzellotti. So ist z. B. vol. I. p. 458. die Erörterung des Herausgebers über die Kennzeichen des Lebens des neugebornen Kindes und über Beweiskraft der Lungenprobe sehr gut; ebenso die Abhandlung z. B. p. 466, woran man erkennen kann, ob die in der Lunge befindliche Luft die Folge des organischen Lebens außer der Mutter oder der Fäulniß war, und p. 473. über den Einfluß der Beobachtungen über den sogenannten vagitus uterinus, und p. 478. trefflich über die Rücksichten, welche der Gerichtsarzt bei Kindesmord auf die Nabelschnur zu nehmen hat. So ist auch im zweiten Bande p. 97 bis 139. die Lehre von den Seelenstörungen durch die Anmerkungen von Bianchi wesentlich bereichert worden. Beigefügt ist seiner Ausgabe in vol. IV. Abtheil. II. p. 593 — 619. eine interessante Abhandlung: della logica medico-legale, oder über den Gebrauch der Kritik nach dem heutigen Standpunkt bei Beantwortung gerichtsärztlicher Fragen. Wie häufig fehlen die Gerichtsärzte entweder darin, daß sie die ihnen bekannt gewordenen neuen Erfahrungen oder wissenschaftlichen Lehrsätze zu leichtsinnig ohne vorgängige

selbstständige Prüfung als die Gesetze, unter welche sie den einzelnen Fall subsumiren, anwenden, oder daß sie gewagte Schlüsse daraus ableiten und darauf ihr Gutachten bauen! Eine Anleitung zur vorsichtigen Prüfung des Gerichtsarztes nach den richtigen Lehrsätzen der Logik ist gewiß verdienstlich. Die vorliegende Abhandlung ist der erste Versuch dieser Art. Ein anderes, der Beachtung würdiges italiänisches Werk über gerichtliche Medicin ist das von F. Puccinotti [2]). Es gleicht mehr einem deutschen systematischen Lehrbuche der gerichtlichen Medicin und behandelt in 24 Vorlesungen die wichtigsten Fragen dieser Wissenschaft. Es ist darin nicht, wie in dem Werke von Barzellotti, Vielerlei unter einem Gesichtspunkte zusammengeworfen, sondern jeder Hauptlehre ist ein eigenes Kapitel gewidmet, z. B. jeder einzelnen Todesart. Die erste Vorlesung handelt von der Verbindung der Medicin und der Gesetzgebung, von dem Nutzen der gerichtlichen Medicin, liefert historische Bemerkungen, wie zuerst in der Anwendung dies Fach sich geltend machte, und später zur wissenschaftlichen Ausbildung kam. Als die Elemente, auf welchen die richtige Anwendung der gerichtlichen Medicin auf einzelne Fälle beruhen muß, bezeichnet der Verf. S. 16. 1) die Sammlung der Erfahrungen, 2) die Vergleichung, 3) die Ausscheidung, 4) die Zergliederung des einzelnen vorliegenden Falles. Zu den besten Ausführungen in dem Werke, das sich durch große Klarheit in der Entwickelung, durch ein bestimmtes Urtheil über die Ansichten Anderer, und Ableitung von Schlüssen aus gemachten Erfahrungen auszeichnet, gehören die Lehre von dem Kindermorde (p. 77—112.),

---

2) *Lezioni di medicina* legale del Professore J. Puccinotti. *Edizione* quarta. Pisa 1840.

die Lehre von den Verletzungen (p. 146—193.). Ausführlich ist die Erörterung über den Giftmord und die Auffindung der Gifte (p. 195—254.). In der Lehre von den Seelenstörungen (malattie mentali) ist wohl der Begriff dieser Störung zu eng, aber auch auf der andern Seite zu weit gefaßt, wenn (p. 258.) sie als eine Ohnmacht der geistigen Kraft bezeichnet wird, um hinreichend den eigenen Willen zu erkennen, oder die Folgen der vorzunehmenden Handlungen zu berechnen. Nach der Sitte seiner Landsleute theilt der Verf. die Krankheiten in imbecillità, in demenza und mania. Am Schlusse jeder Lehre stellt der Verf. unter der Rubrik: Conclusione, das Ergebniß seiner Betrachtungen über die vorgebrachten Erfahrungen und Naturgesetze zusammen und bezeichnet die Bedingungen, unter welchen der Gerichtsarzt zu einem sichern Gutachten gelangen kann; wie er, um den Vorwurf der häufig zu sehr generalisirenden Entscheidung zu vermeiden, sein Gutachten geben muß, und welchen Werth dasselbe für den Richter haben kann. Auf diese Art zergliedert z. B. der Verf. bei dem Kindesmorde jede einzelne Art der Lungenprobe, zeigt ihre Trüglichkeit, prüft die einzelnen Einwendungen, immer mit Rücksicht darauf, bei welchen Erscheinungen sichere vielseitige, oder nur wenige bisher gesammelte Erfahrungen vorliegen. Dem Ergebnisse der durch vereinigt vorgenommenen und mit Vorsicht veranstalteten Proben will der Verf. Beweiskraft zuschreiben [3]). Das bedeutendste neuere italiänische Werk über gerichtliche Medicin ist das von Pressutti (Professor in Neapel) [4]). Der Verf. hat die

3) Eine neue Bearbeitung des Werkes von Puccinotti in 2 Bänden mit vielen Anmerkungen ist 1843 von Cappa in Neapel erschienen.

4) Elementi di medicina legale di D. Pressutti. Napoli 1841. 1844. 2 Vol. bis jetzt.

Absicht, ein vollständiges Handbuch zu liefern. Der zweite Theil, welcher die Lehre von den Verletzungen und der Tödtung enthält, ist besser als der erste bearbeitet, weil der Verf. eine größere Masse von Erfahrungen und wissenschaftlichen Forschungen des Auslandes benutzt hat. Darin besteht ein Hauptverdienst des Verfs., daß er alles, was von medicinischen, chirurchischen und geburtshülflichen Erfahrungen in Schriften vorkommt und mit irgend einer Frage der gerichtlichen Medicin zusammenhängt, gewissenhaft sammelt und Schlüsse daraus ableitet. Seine Bemerkungen, durch welche er dem Gerichtsarzte, wenn er in die Lage kommt über eine Frage entscheiden zu müssen, eine Anleitung geben will, die Erfahrungen gehörig zu benutzen, zeigen, daß der Verf. selbstständig prüft und überall vor leichtgläubiger Annahme mancher erzählten Fälle warnt; so ist z. B. die Zergliederung der Frage: ob ein Weib gebähren kann, ohne es zu wissen, gut (vol. I. p. 133 sq.) und auf gewissenhafte Prüfung berechnet. Auch die Zergliederung der verschiedenen Fragen über Lebensfähigkeit (vol. I. p. 197.) ist gelungen. Ausführlich ist die Entwickelung des Verfs. über die Seelenstörungen. Der Verf. (vol. I. p. 267.) hält eine Classification derselben nicht für passend und die erschöpfende Aufstellung bestimmter Formen selbst für nachtheilig; nur nach den verschiedenen Richtungen des Vermögens der Seele will er in gerichtsärztlicher Hinsicht die Aeußerungen der Seelenstörung trennen und macht sie zum Gegenstand der Erörterung. Er nimmt den Ausdruck insania in einem weitern Sinn, wo die Krankheit eben so auf Störungen des geistigen Vermögens als krankhafter Triebe sich bezieht. Er findet die gewöhnlichen Ansichten von einer monomanie homicide, incendiaire *u. s. w.* (vol. I. p. 297 — 301.) für sehr bedenklich.

und zweifelt an dem Daseyn der wahren insania bei solchen Zuständen. — Am meisten verdienen die Entwickelungen des Verfs. im zweiten Theile über die Tödtlichkeit der Verletzungen und vorzüglich die über das Verhältniß der Haupt- und Nebenursachen Beachtung. Wir werden unten bei der Prüfung der verschiedenen Ansichten über die Tödtlichkeit auch die Meinungen des Verfs. ausführlich darstellen und prüfen, da sie von den in Deutschland verbreiteten Ansichten abweichen. Insbesondere ist die Erörterung der einzelnen Todesarten sehr gelungen und beweist die Selbstständigkeit der Forschungen des Verfs., namentlich über Schußwunden (vol. II. p. 114.). Man findet hier manche in anderen Schriften vergeblich gesuchte Erörterungen über wichtige in der gerichtsärztlichen Praxis vorkommende Fragen, z. B. p. 115: ob man mit Sicherheit zur Nachtzeit bei dem durch Entladung einer Pistole bewirkten Lichte die Gegenstände z. B. die Gesichtszüge des Losschießenden erkennen kann. Der Verf. glaubt, daß man nur mit vielen Unterscheidungen, die er angiebt, die Frage beantworten könne. Bekanntlich ist vorzüglich in Frankreich in dem berühmten Falle des Notar Peytel eine Reihe interessanter Versuche gemacht worden, z. B. über die Kennzeichen der Entfernung, in welcher der Losschießende von dem Opfer stand, und wie die Ladung sich vertheilen kann; ob mit Sicherheit zu erkennen ist, ob die Kugel in die vordere oder hintere Seite des Körpers eindrang. Olivier d'Angers hat in den Annales d'Hygiène die bedeutendste Abhandlung über den Gegenstand geliefert. Der Verf. des vorliegenden Werks prüft jede der gemachten Erfahrungen; seine eigenen Bemerkungen zeigen, wie wenig festgestellt noch die gewöhnlich angegebenen Sätze sind, z. B. p. 131, daß die Schuß-

wunden da wo die Kugel eindringt eine kleinere Oeffnung hervorbringen, als die ist, wo die Kugel aus dem Körper kommt; eben so vol. II. p. 136. über die Art der Narben, welche Schußwunden zurücklassen. Es würde sehr wünschenswerth seyn, daß deutsche Schriftsteller die Ansichten des Verfs. prüften, z. B. auch die vol. II. p. 406 sq. mit großer Sorgfalt aufgestellten Ansichten über die Kennzeichen des Todes des Erhängens.

Weniger selbstständig ist das in Sardinien erschienene Buch von Fleuret[5]). Es ist eine auf den praktischen Gebrauch berechnete, vorzüglich der Ordnung des Werks von Devergie folgende, in gedrängter Darstellung alle Hauptfragen der gerichtlichen Medicin andeutende Anweisung, wie der Gerichtsarzt sich in den verschiedenen Lagen zu benehmen hat. Die Klarheit der Darstellung läßt sich zwar nicht bestreiten, aber eine gründliche Anleitung zu geben dient schwerlich das Buch.

Eine Zeitschrift für gerichtliche Medicin ist seit dem vorigen Jahre in Neapel begonnen worden [6]). Zum Andenken an den großen Landsmann Zacchia, der die gerichtliche Medicin in Italien begründete, trägt das Journal seinen Namen. Die uns vorliegenden Blätter enthalten vielfach nur Uebersetzungen aus französischen Journalen; man muß hier wieder beklagen,

---

5) Medecine légale pratique considerée dans ses rapports avec la législation actuelle des états Sardes, par Fleuret, Docteur à Turin. Anneci 1842.

6) *Il Zacchia*: Giornale di medicina legale tossicologia generale, ed igiene pubblica. Compilato da R. Cappa. Napoli 1845. Unter den Mitarbeitern bemerkt man tüchtige Gelehrte Italiens, z. B. Delle Chiaje, Ferrarese, Pressutti, Sannicola, Seniola, Speranza, auch Juristen, z. B. Mancini.

daß die Italiäner ihr großes Talent nicht mehr zu selbstständigen Forschungen benutzen. Es ist verdienstlich, die Ergebnisse der Leistungen des Auslandes den Landsleuten mitzutheilen; aber die Originalität soll darunter nicht leiden. Unter den selbstständigen Arbeiten in der Zeitschrift bemerken wir in Heft I. p. 2. eine Abhandlung von Ferrarese [7]) über die Zurechnungsfähigkeit der Taubstummen, p. 30. eine Abhandlung des Herausgebers über die Verantwortlichkeit des Arztes bei Ausübung der ärztlichen Kunst, p. 24. Ferrarese über die Frage: ob die größere geistige Ausbildung und überhaupt der höhere Grad der Civilisation auf die Vermehrung der Fälle des Wahnsinns einen Einfluß haben; p. 27. von Sannicola über die Nothwendigkeit der Belehrung des Volkes in Bezug auf Hundswuth. Mit Recht bringt der Herausgeber auch p. 6. die in neuester Zeit in Frankreich verhandelte Frage zur Sprache: ob der Gerichtsarzt getadelt werden könne, wenn er bei einer Frage, z. B. ob die Person in Folge der Vergiftung gestorben sey, nur ausspricht: daß es sehr wahrscheinlich sey. Orfila hatte 1843 einen solchen Ausspruch, und wurde von dem Appellationsrath Smith in Riom deswegen getadelt, indem dieser forderte, daß der Gerichtsarzt immer bestimmt aussprechen müsse, ob Vergiftung da sey, oder nicht. Mit Recht hatte Orfila durch Zergliederung von Beispielen gezeigt, daß ein solcher Ausspruch häufig mit dem Gewissen des Sachverständigen im Widerspruch seyn würde. Wenn der Richter ihn nöthigt, sich bestimmt zu erklären, ob A. am Gifte gestorben ist oder nicht, so zwingt er ihn, eine Unwahrheit zu

---

7) Von den zahlreichen Schriften des Hrn. Ferrarese in Neapel werden wir unten bei den Seelenstörungen handeln, worauf sich die Schriften des geistreichen Ferrarese beziehen.

sagen. Eine große Masse von Gründen spricht z. B. für die Vergiftung; kann der Chemiker dann sagen: daß A. nicht am Gifte gestorben ist? Die Begriffe von Gewißheit und Wahrscheinlichkeit gelten auch für den Sachverständigen, der oft nichts Anderes aussprechen kann, als daß eine Thatsache wahrscheinlich ist. Mag dann der Richter die Antwort des Sachverständigen im Zusammenhange mit anderen ihm vorliegenden Materialien benutzen. Er muß wissen, daß er im Zweifel der mildern Meinung folgen und die nur wahrscheinliche Thatsache nicht als gewiß betrachten darf.

(Die Fortsetzung im nächsten Stücke.)

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Literarische Anzeigen.

